

Joana Serra Ferraz da Mota Pinto

RELEVÂNCIA LABORAL DE PUBLICAÇÕES EM REDES SOCIAIS

Despedimento por publicação no *Facebook*?

**Dissertação para Mestrado em Ciências
Jurídico-Empresariais pela Faculdade de
Direito da Universidade Nova de Lisboa**



A Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, no *Facebook*:

<https://www.facebook.com/#!/faculdadededireito.unl?fref=ts>

A presente dissertação não foi escrita ao abrigo das regras do novo Acordo Ortográfico.

ÍNDICE

I. Introdução: o Problema

1. O fenómeno das redes sociais
2. Relevância prática e actualidade do tema da dissertação
3. O fenómeno das redes sociais e o Direito
4. O fenómeno das redes sociais e o Direito do Trabalho

II. Problemas jurídico-laborais das redes sociais

5. Um direito de uso das redes sociais durante o horário de trabalho?
6. Violação de deveres do trabalhador, pelo uso de redes sociais durante o período de trabalho?
7. Possibilidade de utilização de dados constantes de redes sociais na selecção de candidato a emprego?
 - a) A prática de utilização de dados pessoais constantes das redes, na contratação de novos trabalhadores
 - b) Protecção de dados pessoais de candidato a emprego, nas redes sociais
 - c) Proposta de solução

III. Relevância laboral e disciplinar de publicações do trabalhador nas redes sociais.

8. Enunciado do problema: pode um trabalhador ser despedido por causa de publicações no *Facebook*?
9. Publicações no *Facebook*: conflito entre direitos de personalidade e deveres laborais do trabalhador.
10. Publicações no *Facebook* e deveres do trabalhador

a) Publicações no *Facebook*, deveres gerais e deveres laborais de respeito e urbanidade

b) Publicações no *Facebook* e dever de lealdade

c) Publicações no *Facebook* e deveres de boa fé do trabalhador

11. Publicações no *Facebook* e liberdade de expressão e informação do trabalhador

12. Publicações no *Facebook* e direito à reserva sobre a intimidade da vida privada do trabalhador

a) Intimidade da vida privada e poder disciplinar da entidade patronal, na ordem jurídica portuguesa

b) Tutela das publicações no *Facebook* pelo direito à reserva da intimidade da vida privada?

i) Inexistência de direito geral à reserva sobre publicações no *Facebook*

ii) Direito à reserva sobre publicações sem “reflexos no serviço”

13. Publicações no *Facebook* como justa causa de despedimento?

a) Distinção de tipos de casos (tipos de publicações)

i) Publicação de segredos da empresa nas redes sociais

ii) Publicação de ilegalidades no seio da empresa: “*whistle blowing*”

iii) Publicação de comentários negativos ou prejudiciais ao empregador

b) Tópicos de aproximação a uma solução do problema

i) Gravidade do tipo de insulto ou comentário negativo

ii) Publicação do comentário, no local e tempo de trabalho

iii) Grau de publicitação e reflexo empresarial do comentário

iv) O grau de confiança no trabalhador

v) Tipo de rede social em que o comentário foi publicado

ABREVIATURAS

Ac. Acórdão

AL. Alínea/s

Aut. Autor

BFDUC Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BMJ. Boletim do Ministério da Justiça

CC Código Civil

C. Civ. Código Civil

CJ Colectânea Jurisprudência

Cfr. Conferir

cit. citado/a

CT Código do Trabalho

CNPD Comissão Nacional de Protecção de Dados

CRP Constituição da República Portuguesa

Ed. Edição

Ex. Exemplo

Id. Idem (mesmo autor)

LCT Lei do Contrato de Trabalho

LPD Lei da Protecção de Dados

NTIC Novas Tencnologias de Informação e Comunicação

NWwZ Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

n.ºs números

ob. cit. obra citada

OIT Organização Internacional do Trabalho

orgs. Organizadores

pág. página

RH Recursos Humanos

segs. Seguintes

SS. Seguintes

STJ Supremo Tribunal de Justiça

TC Tribunal Constitucional

V. Ver

vg Vide Gratia

Vol. vols.

I. INTRODUÇÃO: O PROBLEMA

1. O fenómeno das redes sociais

Um dos fenómenos sociais mais marcantes da última década foi a difusão da comunicação através das redes sociais.

O desenvolvimento e difusão de sítios “*Web 2.0*”, isto é, de sítios da *Internet* que se baseiam em tecnologia mais avançada do que os primeiros sítios da *Internet* – sítios estes cujas páginas eram estáticas, limitando os utilizadores à posição passiva de meros espectadores – permitiu que os utilizadores interagissem, comunicassem e colaborassem uns com os outros em redes sociais, criando conteúdos em comunidades virtuais. Permitiu, enfim, que os utilizadores passassem de simples consumidores a verdadeiro produtores¹ de informação e comunicação.

De acordo com a análise sociológica do fenómeno, estamos perante “*redes sociais mediadas*”², através de tecnologias de informação, como a *Internet*. E a verdade é que a

¹ Assim, Rainer ERD, *Datenschutzrechtliche Probleme sozialer Netzwerke*, in NVwZ, 2011, nº 1, pág. 19.

² Gustavo CARDOSO, *Mudança Social em Rede*, in *Políticas Sociais - ideias e prática*, Centro Ruth Cardoso, Editora Moderna Ltda (Brasil), 2011, págs. 219 e seguintes. De acordo com este Autor que tem desenvolvido uma profunda análise sociológica das redes, fala-se das redes sociais como *Facebook* ou *Orkut* como uma novidade quando na verdade, “as redes sociais são o que sempre nos acompanhou enquanto sociedade quando deparamos, na nossa relação diária, com família, amigos, no trabalho ou quando surge a necessidade de nos juntarmos a outros para atingir objectivos comuns. O que importa é distinguir o modelo de organização social, a rede, do instrumento tecnológico de mediação, ou seja, distinguir entre as nossas redes sociais e o instrumento tecnológico de mediação do relacionamento.”

Para Gustavo CARDOSO quando nos encontramos a conviver com os amigos, colegas, família, etc., numa determinada situação, estamos a lidar com as nossas redes sociais. No momento em que recorremos a tecnologias de mediação como a *Internet*, para recriar esse tipo de convívio, estamos a introduzir a mediação no relacionamento social em rede: “As redes sociais que criamos quando fazemos uso do *Facebook*, *Orkut*, quando passamos SMS em cadeia, antes de serem tecnologias de mediação de redes sociais, são pessoas ligadas em redes de relacionamento social interagindo.”

Internet é um meio que possibilitou a globalização da comunicação através das redes sociais³.

O estudo da evolução da sociedade tradicional para a sociedade em rede tem ocupado sobretudo sociólogos que têm expressado opiniões distintas acerca deste fenómeno. Se para uns a explosão das novas formas de comunicação e relacionamento trazidas pela *Internet* significa a desintegração da sociedade e das instituições tradicionais, para outros, trata-se apenas da “*reconstrução das instituições sociais e, para além disso, da própria estrutura social, com base nos projectos autónomos dos sujeitos sociais*”⁴.

Há quem diga que, actualmente, assistimos à “*emergência de um novo paradigma tecnológico, baseado nas tecnologias de comunicação e informação*”⁵ e que a tecnologia não determina a sociedade, sendo esta moldada ou transformada em função das necessidades das pessoas que usam a tecnologia⁶.

Também a sociabilidade se transforma com a sociedade em rede, já que esta é uma “sociedade hipersocial”, sendo a maior parte dos utilizadores da *Internet* mais sociáveis, com mais contactos e envolvendo-se mais política e socialmente.⁷

³ Para Regina REDINHA, *Redes Sociais: Incidência Laboral (Primeira aproximação)* in Centro de Estudos Judiciários - Prontuário de Direito do Trabalho, Setembro - Dezembro 2010, páginas 33-44) “redes sociais” é uma designação tomada da sociologia, da antropologia e de outras ciências sociais que empresta o nome a uma ciber-realidade: uma aplicação da *Internet*, qualificável como *medium social*, que permite a criação de conteúdos gerados pelos utilizadores e se destina a congregar, em regra por multiplicação, comunidades virtuais assentes na partilha de informações, interesses e actividades.

⁴ Gustavo CARDOSO, *Sociedades em Transição para a Sociedade em Rede*, in Debates Presidência da República. A Sociedade em rede, Do conhecimento à Acção Política. Conferência promovida pelo Presidente da República, 4 e 5 de Março de 2005, Centro Cultural de Belém, INCM, pág. 31.

⁵ Manuel CASTELLS, in *A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política*, in Debates Presidência da República. A Sociedade em Rede, Do conhecimento à Acção Política. Conferência promovida pelo Presidente da República, 4 e 5 de Março de 2005, Centro Cultural de Belém, INCM, página 17.

⁶ V. Manuel CASTELLS, *cit.*, página 17. Segundo este sociólogo, “com a difusão da sociedade em rede, e com a expansão das redes de novas tecnologias de comunicação, dá-se uma explosão de redes horizontais de comunicação, bastante independentes dos media e dos governos, o que permite a emergência daquilo a que chamei comunicação de massa autocomandada. É comunicação de massas porque é difundida em toda a *Internet*, podendo potencialmente chegar a todo o planeta. É autocomandada porque geralmente é iniciada por indivíduos ou grupos, por eles próprios, sem a mediação do sistema de media. A explosão de blogues, vlogues (vídeo-blogues), *podding*, *streaming* e outras formas de interactividade. A comunicação entre computadores criou um novo sistema de redes global e horizontal que, pela primeira vez na história, permite que as pessoas comuniquem umas com as outras sem utilizar os canais criados pelas instituições da sociedade para a comunicação socializante”

⁷ Manuel CASTELLS *cit. supra*

Desde a antiguidade que o poder está intimamente relacionado com o controlo da informação e da comunicação, actividades características e essenciais da espécie humana, tendo a *Internet*, na primeira década do século XXI, operado a transformação dos processos comunicacionais até então utilizados.

Segundo dados estatísticos, em 2013 existiam mais de 3.000 milhões de utilizadores de *Internet* no planeta e cerca de 7.000 milhões telefones móveis e dispositivos sem fios.⁸

Mais do que palavras, um breve olhar sobre o “mapa mundial das redes sociais” evidencia bem a globalização destas: o omnipresente e célebre *Facebook* do não menos célebre *Mark Zukerberg*, nascido nos EUA há dez anos atrás⁹ e difundido por todo o globo, é bem acompanhado por outras, como o *Orkut*, *H5*, *kKontakte*, *QQ*, *Zing*, e *Mixi*, ainda que com menor impacto.¹⁰ A evolução mundial no uso das redes é um fenómeno curioso, podendo analisar-se na figura “mapa mundial” *infra*, como o *Facebook* alargou o seu predomínio no globo nos últimos anos.¹¹

⁸ Cfr. Manuel CASTELLS, *El poder de las redes in VANGUARDIA DOSSIER*, Número 50 / ano 2014, página 8, disponível em www.vanguardiadossier.com

⁹ Mais precisamente, a 4 de Fevereiro de 2004.

¹⁰ Cfr. Manuel CASTELLS, *El poder de las redes in VANGUARDIA DOSSIER* n.º 50 - enero-marzo 2014, disponível em www.vanguardiadossier.com

¹¹ Disponível em <http://vincos.it/world-map-of-social-networks/> acesso em 28-01-2014:

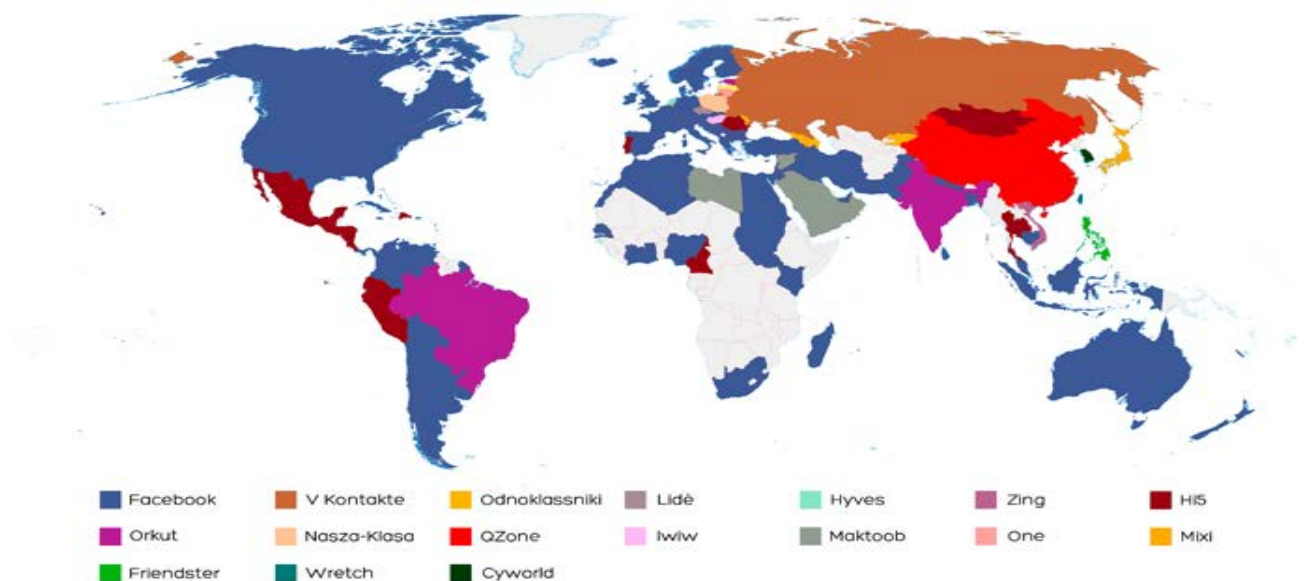
Segundo investigações recentes, o *Facebook* possui mais de 1.150 milhões de usuários (entendendo-se, por usuário activo, aquela pessoa que interagiu na comunidade, pelo menos uma vez nos últimos 30 dias), sendo a mais utilizada das redes sociais.

WORLD MAP OF SOCIAL NETWORKS

December 2013



June 2009



credits: Vincenzo Cosenza www.vincos.it

license: CC-BY-NC

sources: Google Trends for Websites/Alexa

Seguem-se a rede chinesa *QQ* e as americanas *YouTube*, *Twitter* e *Google+*, sucedendo-lhes em volume os blogs (*Blogspot*, *Weibo* y *Wordpress*) os *chats*, especialmente os que permitem ligações através de telefone móvel como o *WhatsApp*, a *Line* e o *Skype*. É curioso notar que os números de usuários activos ou titulares de contas variam constantemente em função de acontecimentos políticos e culturais, das correntes da moda e também dos próprios critérios seguidos pelos sites que elaboram os rankings ¹².

A análise das redes deve ser levada a cabo tendo presente que, apesar de serem um fenómeno global, assumem particularidades e características locais.¹³

O fenómeno de comunicação mediada gerou alterações na forma tradicional de comunicação, com repercussões sociais e económicas e, se por um lado aproxima as pessoas, por outro (e algo) paradoxalmente, é hoje claro que podemos atribuir ao seu uso uma forma de afastamento.

Paralelamente às redes sociais de cariz mais pessoal (ou ligadas ao lazer), como o *Facebook*, existem as redes que visam difundir o perfil profissional dos utilizadores, que publicam o seu trajecto e os seus interesses profissionais, que poderíamos denominar "redes sociais mediadas" de cariz profissional. Entre elas destacam-se as globais e mais famosas *Linkedin*¹⁴ e *Xing*¹⁵, cabendo também mencionar aqui a rede *Star Tracker*, dirigida aos profissionais portugueses espalhados pelo Mundo - A "rede de talento português global"¹⁶. Estas redes são muitas vezes utilizadas por empresas que visam recrutar especialistas em determinadas matérias e com determinadas características ou percursos profissionais.

¹² Cfr. Manuel CASTELLS, *El poder de las redes* in VANGUARDIA DOSSIER n.º 50 - enero-marzo 2014, disponível em www.vanguardiadossier.com

¹³ Gustavo CARDOSO, *Mudança Social em Rede*, in *Políticas Sociais - ideias e prática*, Centro Ruth Cardoso, Editora Moderna Ltda (Brasil), 2011, página 220. Segundo o sociólogo, "embora as redes sociais mediadas como o *Facebook* tenham uma presença global há fatores culturais que determinam a presença de uma rede social num país e outro de outra. Devemos assim encarar a análise das redes sociais mediadas como um fenómeno global de características locais. A observação mostra-nos como as redes sociais mediadas mudam de presença geográfica e como o *Facebook* evoluiu de uma rede nacional nos EUA, primeiro para o mundo anglo-saxónico e depois para o mundo em geral".

¹⁴ www.Linkedin.com

¹⁵ www.xing.com ("Xing - For a better working life")

¹⁶ www.thestartracker.com

Esta distinção, entre redes pessoais e profissionais, está cada vez mais esbatida, uma vez que as próprias empresas criam páginas nas redes pessoais, por exemplo, no *Facebook*, muitas vezes fazendo referência a oportunidades ou carreiras profissionais.

O potencial de utilização das redes é variado, tendo sido alvo de diversas análises e estatísticas e, no que toca às redes direccionadas para a criação ou manutenção de contactos sociais¹⁷, entre os seus usos¹⁸ podem distinguir-se actividades de fortalecimento de laços sociais com amigos e conhecidos (Mensagens, *Chats*, Alertas de Aniversários, Escrita na Parede), gestão de capital social (Procura de Amigos, Envio de Presentes, Jogos, Criação de grupos) entretenimento (*Quizzes*/Testes), expressão identitária (Colocação de Vídeos) e intervenção social (Apoio a Causas)¹⁹

¹⁷ Partindo da análise de especialistas como Gustavo CARDOSO, (Gustavo CARDOSO; Cláudia LAMY, (2011). "Redes sociais: comunicação e mudança". *JANUS.NET e-journal of International Relations*, Vol. 2, N.º 1, Primavera 2011) páginas 80 e 81, disponível online em http://observare.ual.pt/janus.net/images/stories/PDF/vol2_n1/pt/pt_vol2_n1.pdf: "Tal como outras redes sociais, o *Facebook* permite a criação de um perfil, nele sendo inserida informação pelo utilizador, desde dados como nome, idade ou estado civil, a informação como opções ideológicas, políticas, ou causas abraçadas. Existem mecanismos de manutenção de privacidade nesta rede, quando não mesmo o anonimato: a utilização de nicknames, a não colocação de fotos ou elementos pessoais, não parecendo as opções mais comuns, são possibilidades reais. Os utilizadores podem apoiar causas, instituições ou pessoas, tendo igualmente a oportunidade de se juntarem a fóruns de discussão e debate. Podem ainda comunicar através de mensagens assíncronas (a priori, apenas visíveis para os mesmos), de um chat, e mediante posts públicos, acessíveis a todos os seus contactos. Nestes, os contactos directos do utilizador (ou indirectos, se assim determinado) poderão comentar o seu conteúdo, tendo ainda a possibilidade de partilhá-lo.

Já o *Twitter* (www.Twitter.com) evidencia outras características, constituindo uma forma de microblogging⁷ baseada na publicação instantânea de textos até 140 caracteres. O *Twitter* permite a utilização de mensagens instantâneas de texto, essencialmente para partilha de experiências e opiniões entre comunidades de cidadãos (Java, Song, Finin & Tseng, 2007: 2; Miard, 2009: 2). Mas nem todos o utilizam de forma idêntica: se uns surgem como fontes constantes de informação e comentário, muitas vezes utilizadas como fontes por jornalistas outros apenas assistem à difusão de opiniões, sem uma participação activa.

De acordo com um estudo relativo a estes *microbloggers*, os *posts* mais comuns centram-se na rotina diária, no que o utilizador se encontra a fazer no momento, e qual o seu estado de humor (Java, Finin, Song & Tseng, 2007: 6/7). Já relativamente a conversações, não existe qualquer possibilidade de resposta directa a um post colocado por uma terceira pessoa, tal como acontece com o *Facebook*, razão pela qual os utilizadores optaram por usar o símbolo "@", seguido do *username* do utilizador com quem querem comunicar.

Também a difusão de informação diária constantemente actualizada constitui uma das mais interessantes aplicações do *Twitter*, tendo já provado permitir uma sensibilização muito rápida da população utilizadora, para além de constituir um modo simples para aqueles que não têm outras formas de comunicar a sua indignação ante regimes ditatoriais ou restritivos da liberdade de expressão. De facto, com a convergência dos media, é agora possível a utilização do telemóvel para o envio de mensagens em substituição do acesso à homepage, permitindo a divulgação dos mais variados conteúdos a partir de qualquer local."

¹⁸ Particularmente dos usos dados aos denominados *Social Networking Sites* (SNS) como o *Facebook*, *Hi5*, *Orkut*, ou *Microblogging* como o *Twitter* (Gustavo CARDOSO; Cláudia LAMY (2011). "Redes sociais: comunicação e mudança". *JANUS.NET e-journal of International Relations*, Vol. 2, N.º 1, Primavera 2011)

¹⁹ Gustavo CARDOSO; Cláudia LAMY (2011), "Redes sociais: comunicação e mudança". *JANUS.NET e-journal of International Relations*, Vol. 2, N.º 1, Primavera 2011, página 79.

Uma característica inquestionável da comunicação feita através das redes sociais é a sua ampla (tão ampla quanto os destinatários da mesma rede) difusão. Com efeito, o utilizador das redes sociais tornar-se-á tão mais “poderoso” quanto maior o número de utilizadores que tiver na mesma rede. O que equivalerá a dizer que, em redes como o *Facebook*, actualmente a rede social com maior número de adeptos, através de um acto único de comunicação, o utilizador poderá fazer chegar a sua mensagem a vários destinatários.^{20/21}

A grande novidade trazida com as redes como o *Facebook* foi a possibilidade de agregar numa só rede de mediação, “*todas as lógicas de comunicación existentes*”.²² Conforme já referimos, há uma clara prevalência do *Facebook*, também evidenciada através de um gráfico, em que cada área é proporcional ao número de utilizadores activos por mês²³ - pelo que no presente trabalho teremos sobretudo presente esta rede, embora as nossas conclusões sejam aplicáveis às restantes redes sociais.

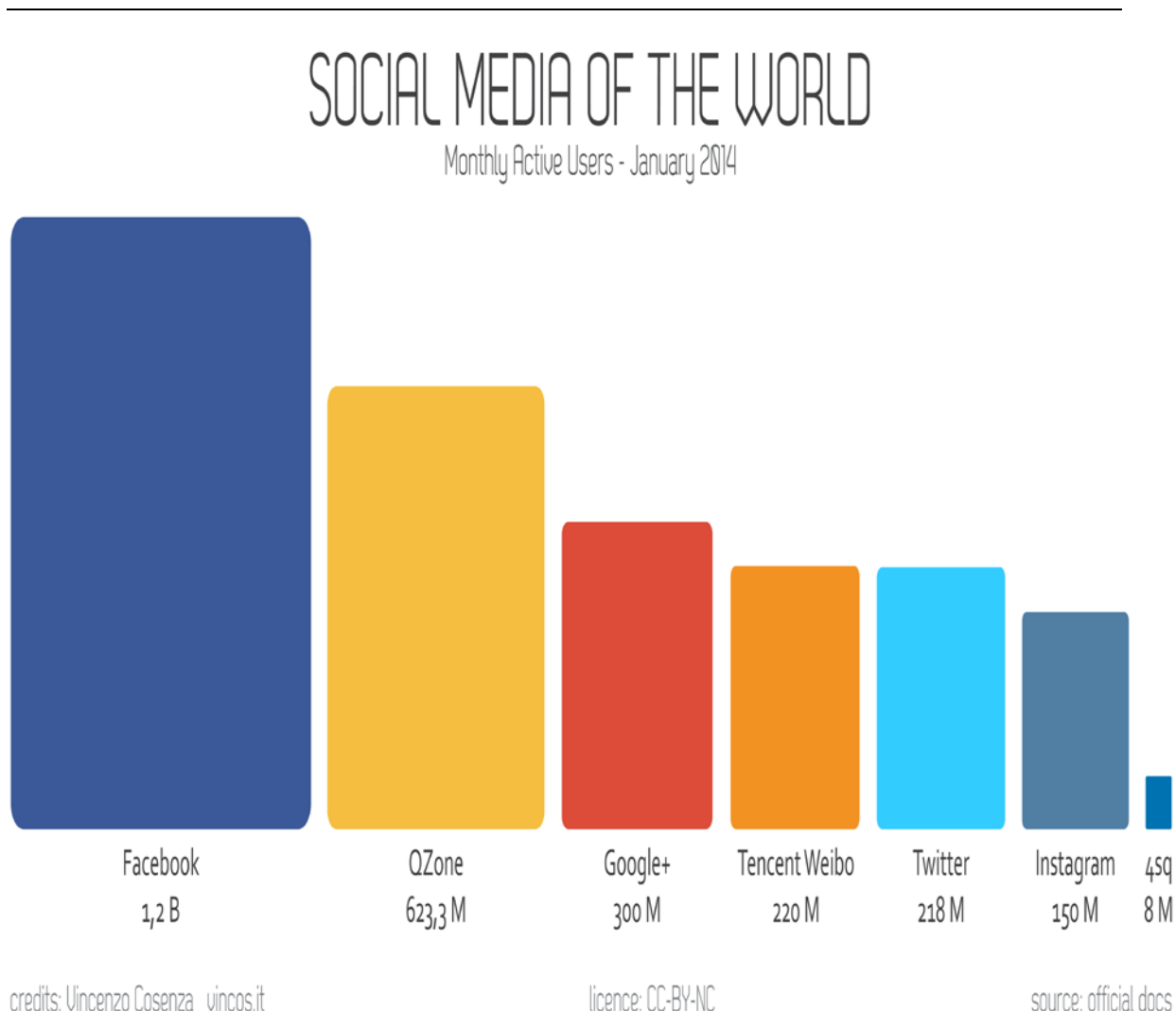
²⁰ Para Gustavo CARDOSO e Cláudia LAMY, *ob. cit.* página 80, o *Facebook* assume-se assim como “comunicação mediada de um para muitos”, pois cada utilizador sabe quem são os seus “amigos”, já que autoriza a sua “amizade”. Só após a aceitação do próprio pode ele começar a ser “amigo” de quem o convida.

²¹ Curiosamente, de acordo com este critério, uma das personalidades mais poderosas na rede social global *Facebook* é o futebolista português Cristiano Ronaldo, seguido por 72 621 153 de fans (setenta e dois milhões (!) em 20 de Janeiro de 2014. O futebolista português parece ter bem noção do ser poder comunicativo, utilizando-o através de publicações regulares com finalidades diversas (de auto-promoção, de promoção comercial, de filantropia, etc.) que, no espaço de segundos, chegam a 72 milhões de pessoas.

²² Assim, Gustavo CARDOSO, *Movilización social y redes sociales*, in VANGUARDIA DOSSIER n.º 50 - Enero-Marzo 2014, disponível em www.vanguardiadossier.com: “*Facebook y elementos similares, creó la posibilidad de conectar en una sola red de mediación todas las lógicas de comunicación existentes. Se hace posible la conexión entre lo que las empresas de medios de comunicación producen y emiten con lo que la gente coloca en la web y después comenta si le gusta comentar o compartir y, por último, comparte con un número limitado de personas o con todo el mundo mediante la difusión de forma individual. Por ello los medios sociales actúan como nodo de todas las demás tecnologías de mediación; sin medios sociales seguiríamos teniendo difusión masiva y autocomunicación de masas, chats, etcétera, pero no tendríamos una red agregada de características de comunicación que posiblemente conectarían toda comunicación disponible en nuestra sociedad y, al hacerlo, darían lugar a un modelo de comunicación en red. Pero, como se ha razonado anteriormente, la novedad de los medios sociales no se limita únicamente a su capacidad de promover un nuevo modelo de comunicación o nuevas tecnologías de comunicación. La apropiación social de los medios sociales también cuestiona la misma idea de que la importancia de la comunicación es compartida solo entre el proceso de mediación, los medios y el contenido, el mensaje*”.

²³ Disponível em <http://vincos.it/social-media-statistics/>, onde o autor do estudo refere que o *Facebook* é a maior plataforma social com 1,19 biliões de utilizadores activos, seguido pela rede social mais popular da China, o QZone, com 623,3 milhões de utilizadores, seguido pelo *Google +* com 300 milhões de utilizadores.

Numa outra perspectiva, a abordagem das redes como forma de movimentação social e o seu potencial para operar mudanças na sociedade e para gerar correntes e manifestações com vista a determinado fim é um tema que tem apaixonado sociólogos.²⁴



²⁴ Sobre a utilização das redes como instrumento para levar a cabo movimentos sociais, e operar transformações veja-se Gustavo CARDOSO; Cláudia LAMY (2011), páginas 73-96 “Redes sociais: comunicação e mudança”. JANUS.NET *e-journal of International Relations*, Vol. 2, N.º 1, Primavera 2011. Aqui os autores revelam todo o potencial das redes sociais como veículo de mudança social: “alguns autores vêm nos novos *media* em geral, e nas redes sociais *online* em particular, uma forma não apenas de atingir o debate não conseguido nos *media* tradicionais, mas um modo de realização da participação cívica, onde interesses comuns permitem a angariação de opiniões, decisões e intervenções em matérias específicas. Em parte, tal parece encontrar algum eco: como aponta Castells, “na arena internacional, estão a crescer novos movimentos sociais transfronteiriços na defesa das causas das mulheres, dos direitos humanos, da preservação do ambiente e da Democracia política, fazendo da Internet uma ferramenta essencial para disseminar informação, organizar e mobilizar” (2002:475)

A verdade é que com a velocidade de circulação da informação e da realidade dos factos através das redes torna-se impossível a manipulação da informação em que se baseiam todas as ditaduras e regimes que atentam contra os direitos fundamentais.

Um dos pontos analisados no Relatório da *World Internet Project* ²⁵ de 2013 (no seu ponto 5, sob a epígrafe “Política e *Internet*”) foi a liberdade de expressão *online* e *offline*. Neste item, o Relatório comparou, nos países objecto do estudo desse ano (Chipre, Polónia, Rússia e Estados Unidos) aspectos como a sensação de conforto e segurança ao expressar ideias e pontos de vista sobre política (mesmo quando extremos) e criticar o Governo nas redes através da *Internet* ou fora dela. ²⁶

Chegados a este ponto, brevemente enquadradas a *Internet*, em geral, e as redes sociais em particular, na sociedade actual, várias questões se nos colocam quanto à relação entre este fenómeno e o Direito e o Direito do Trabalho em particular:

Qual a valoração jurídico-laboral das mensagens publicadas nas redes por trabalhadores: terão o mesmo valor que mensagens proferidas "presencialmente"; ou terão mais força, já que em situações-limite ou de conflito valem por si, fazem prova?

Terá o mesmo valor jurídico uma injúria ou uma calúnia feita "de boca" (proferida por trabalhador contra a entidade patronal) que injúrias ou calúnias praticadas nas redes sociais?

Relevará, para o efeito, o facto de o trabalhador que as pratica ter na sua rede muitos ou poucos "amigos" ou ainda o facto de ter “amigos” comuns com o (s) empregador (es) injuriado (s) /difamado (s)?

²⁵ O *WIP* é composto por especialistas na análise do fenómeno da *Internet* e de todas as tecnologias digitais e crenes na sua capacidade para transformar a vida política, económica e social. Informação detalhada disponível em <http://www.worldInternetproject.net/#about>

²⁶ World Internet Project International Report – Fifth Edition, disponível em http://worldInternetproject.com/files//307_2013worldInternetreport.pdf Acesso em 28-01-2014

No que diz respeito à análise feita à liberdade de expressão *online* e *offline*, o estudo concluiu que apesar de uma grande percentagem dos utilizadores e não utilizadores da *Internet* acreditarem no princípio da liberdade de discurso online eles tendem a ser menos defensores do discurso online livre, se os resultados forem excessivos ou extremos.

(Para a análise do Relatório relativo a 2012, em que os países participantes foram Austrália, Canadá, Colômbia, Itália, México, Nova Zelândia, Polónia, Espanha, Suécia, Suíça e Reino Unido, consultar http://worldInternetproject.net/files/Published/oldis/770_2012wip_report4th_ed.pdf)

Merecerá uma valoração diferente a prática destes (ou de outros) actos caso quem os pratique o faça numa página com restrições de privacidade, isto é, que tenha previamente limitado o acesso às mensagens que publica (ou seleccionado quem poderá ver as suas mensagens ou os seus comentários)?

Caso se trate de uma mensagem ofensiva publicada por trabalhador, deverá ser considerada a posição hierárquica que este ocupa em relação ao empregador ou dentro da organização? E o facto de a mesma ter sido publicada fora do tempo e local de trabalho?

De uma forma muito introdutória, apresentamos estas e outras questões a que tentaremos responder ao longo deste trabalho.

2. Relevância prática e actualidade do tema da dissertação

O problema do despedimento ou da aplicação de outras sanções disciplinares por causa do uso de redes sociais é recente não existindo, praticamente, jurisprudência recolhida, tratada ou anotada em revistas jurídicas, nem estudos doutrinários e legislação específica para regulamentar estas situações que têm vindo a aumentar de dia para dia.

A jurisprudência existente em Portugal sobre litígios decorrentes do uso das novas tecnologias do local de trabalho é escassa versando, as poucas decisões proferidas, o uso do *e-mail*.²⁷

²⁷ Veja-se, por exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05-07-2007 (disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/81c458845496995480257325003c8f7f?OpenDocument&Highlight=0,mail>), em que o tribunal decidiu manter a decisão de ilicitude do despedimento num caso em que um trabalhador, após ter sido informado pelo empregador “*que iria ser prosseguido o procedimento visando a extinção do seu posto de trabalho, enviou o seu curriculum a várias empresas do sector, movido no propósito da consecução de novo emprego*”.

No caso, entendeu ainda o tribunal que “*não é portador de uma carga de desvalor tal que possa conduzir a um juízo de inviabilidade da relação laboral o comportamento do trabalhador consistente na dação de uma resposta negativa à pergunta do gerente do seu empregador no sentido de saber se ele tinha estado em contacto telefónico com um cliente com quem o trabalhador efectivamente fez tal contacto, mesmo entendendo-se que não estava em causa uma comunicação de índole pessoal e que o trabalhador tinha o dever de responder afirmativamente à pergunta, por não poder afastar-se neste campo a reserva da intimidade das comunicações*”.

Num outro Acórdão, da Relação do Porto de 26-06-2006, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/f3de8c9553f5431c802571a800336929?OpenDocument&Highlight=0,mail>, o tribunal entendeu que, não obstante o direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso a informação de carácter não profissional que o trabalhador envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio electrónico “*Não viola tal direito, o superior hierárquico que acede ao endereço electrónico interno da empresa e lê um e-mail dirigido à funcionária que, por regra, acede ao referido correio electrónico, através de “password” que revela a outros funcionários que a tenham que substituir na sua ausência*”. Porém, entendeu o tribunal que, apesar de expressões algo excessivas usadas pela autora no referido *e-mail* merecerem censura, não constituem justa causa de despedimento.

Igualmente o Acórdão da Relação do Porto de 08-02-2010 (disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/ab35977ca72a6dce802576d20055243a?OpenDocument&Highlight=0,mail>) se pronunciou sobre estas matérias, tendo considerado que “*o conteúdo das mensagens, de natureza pessoal, enviadas ou recebidas pelo trabalhador, ainda que em computador da empresa, estão abrangidas pelo direito de reserva e confidencialidade consagrado no art. 21º do Código do Trabalho (2003) não podendo, em consequência e sem o consentimento do trabalhador, ser utilizado para fins disciplinares, nem produzida prova, designadamente testemunhal, sobre tal conteúdo*”.

Também o Tribunal da Relação de Lisboa, no Acórdão de 05-06-2008, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/6c195267c4ce32e480257474003464f7?OpenDocument&Highlight=0,mail> decidiu que o envio de *e-mails* preenche os pressupostos da correspondência privada (*Internet* – Serviço de comunicação privada) e que o empregador está impedido de controlar o conteúdo das mensagens de natureza não profissional pelo artigo 21.º do CT.

“*Todavia a reserva da intimidade da vida privada do trabalhador não prejudica a possibilidade de o empregador estabelecer, nomeadamente através de regulamento de empresa, regras de utilização dos meios*

Em todo o caso, os meios de comunicação social têm divulgado casos recentes de despedimentos com base em publicações efectuadas pelo trabalhador no *Facebook*, sendo interessante notar que o tema desperta uma particular atenção dos media e do público em geral.

É tal o interesse público que um dos primeiros casos judiciais em Portugal relativos ao despedimento de trabalhadores devido à utilização das redes sociais foi mesmo tema de capa de um dos semanários com maior tiragem em Portugal - a revista *Visão* de 16 de Maio de 2013 ²⁸.

Para melhor ilustrarmos o tipo de problemas jurídico-laborais de que tratamos, passamos a descrever os factos tal como foram divulgados:

Dois professores de um colégio privado de Paredes foram despedidos por causa de uma fotografia publicada no *Facebook*. Um deles aparecia sentado em cima de uma pilha de cadernos de exercícios dos alunos, folheando um deles com ar atarefado, já que as férias da Páscoa se aproximavam e com ela, a laboriosa época das avaliações para os professores.

Na sala dos professores, um colega captou esse momento, tendo partilhado a foto no *Facebook*, com um comentário em tom jocoso: “*Abram alas...este não deixa nada para ninguém. É o próximo...*” De onde se terá depreendido que, com isto, pretendia dizer que o colega seria um forte candidato a “*Professor do Mês*”, um prémio que o colégio em causa tinha instituído para incentivar os professores. Ora, esta fotografia foi alvo de vários comentários, mesmo do próprio fotografado, que terá ironizado: “*Todos vão ver que trabalho*”.

Uns meses depois os dois professores foram convocados para uma reunião com a direcção, os donos do colégio, e um advogado que os confrontaram com a cópia da foto e dos comentários suscitados no *Facebook*, tendo-os repreendido e coagido a assinarem uma declaração “amigável” de cessação do contrato com direito a subsídio de desemprego. Ambos recusaram e foram suspensos do colégio até terem recebido a nota de culpa em casa, com afirmações do seguinte teor: “o comportamento dos colegas era de galhofa e escárnio com a dedicação ao trabalho e com o prémio de reconhecimento pelo esforço e

de comunicação e das tecnologias de informação e comunicação manuseados na empresa (vg: imposição de limites, tempos de utilização, acessos ou sítios vedados aos trabalhadores)”.

²⁸ Revista *Visão*, edição em papel de 16 de Maio de 2013, págs. 59 e segs. Disponível online em <http://visao.sapo.pt/despedidos-por-cao-do-Facebook=f729858> Último acesso em 12-01-2014.

pelo trabalho, revelador de desprezo pelo profissionalismo”. O professor fotografado passava “uma ideia de laxismo e bandalhice que contribui para a deseducação e desmoralização, pela cultura do desvalor”, com a agravante de que, quando o caso ocorreu, a página do professor no *Facebook* ser “de acesso público, geral, indiscriminado, sem privacidade”.

Segundo notícias posteriores (31.10.2013) os professores em causa impugnaram o despedimento e acabaram por ser indemnizados em 32 mil euros pela ilicitude do despedimento e por danos morais.²⁹

Um outro caso, inédito, foi decido no Tribunal de Matosinhos, em Dezembro de 2013. Tanto quanto sabemos, terá sido a primeira vez que um Tribunal português aceitou o despedimento de um trabalhador por comentários pejorativos e difamatórios de empregador feitos no *Facebook* ³⁰.

Neste caso, o trabalhador foi despedido por justa causa disciplinar por ter publicado mensagens num grupo fechado denominado “*trabalhadores na Esegur*” com cerca de 140 membros, trabalhadores ou ex-trabalhadores da empresa. O trabalhador impugnou o despedimento mas o tribunal veio a dar razão à empresa, considerando que os comentários publicados no *Facebook* eram ofensivos da imagem, dignidade e bom nome da empresa em causa, com mais de dois mil trabalhadores. De acordo com as notícias deste caso, “*entre setembro e dezembro de 2012, o vigilante publicou vários posts acusando a empresa de o humilhar e calar, dizer mentiras, de ordenar perseguições. Classificou alguns colegas como “analfabetos”, apelidou os delatores dos comentários de «imbecis» e colocou imagens de palhaços para retratar os seus superiores*”.

Apesar de o trabalhador ter alegado que se tratava de um grupo privado, o Tribunal entendeu que “*publicar textos para um universo potencial de 140 pessoas não pode ser confundido com comunicações de natureza pessoal*” e que “*é inaceitável que a liberdade de expressão não tenha limitações no mundo virtual*”. Ainda de acordo com a informação

²⁹ Informação disponível em <http://sicnoticias.sapo.pt/pais/2013/10/31/professores-despedidos-por-causa-do-Facebook-indemnizados-em-32-mil-euros>, último acesso em 12-01-2014

³⁰ Informação disponível em http://www.tsf.pt/PaginaInicial/Vida/Interior.aspx?content_id=3601883&page=-1 e http://www.dn.pt/especiais/interior.aspx?content_id=3601992&especial=Revistas%20de%20Imprensa&seccao=TV%20e%20MEDIA, último acesso em 12-01-2014

noticiada, esta sentença é inédita, já que, até então, os casos em tribunal tinham terminado com acordo.

Para além destes, outros casos ocorridos em Portugal foram referidos pelos meios de comunicação social, revelando, aos poucos, a emergência de novos problemas jurídico-laborais relacionados com as redes sociais, e que revelam bem a pertinência e actualidade do tema³¹:

Assim, o caso de um delegado da Liga Portuguesa de Futebol, dispensado sumariamente depois de ter colocado, no *Facebook* comentários sobre o Benfica e de um outro delegado alvo de procedimento similar depois de no *Facebook* ter feito chacota com declarações de dirigentes do Sporting. A ambos foi instaurado um processo disciplinar.

De acordo com a mesma fonte, terá terminado em despedimento outro caso em que uma trabalhadora, apesar de se encontrar de baixa médica, ter escrito no *Facebook* que se encontrava de partida para uma viagem.

Também o caso de um piloto que viajava como passageiro a bordo de um avião e que, por não ter sido convidado pelo seu colega que pilotava aquele voo a passar para um lugar em classe executiva, queixou-se disso no *Facebook*, tendo os colegas insultado o piloto do avião em causa, e tendo o tribunal condenado os autores dos insultos a cerca de 10 mil euros de indemnização ao visado³².

Outros dois casos são descritos, também envolvendo o *Facebook*, embora com consequências menos gravosas.

Num outro caso, o Hospital de Braga abriu um processo disciplinar a uma funcionária por esta ter publicado um comentário num grupo privado do *Facebook* de trabalhadores do hospital, na sequência da publicação de um regulamento polémico de conduta e fardamento dos funcionários, e onde se referia aos seus superiores como “mandantes” que classificava de “burros” e “incompetentes”. O hospital considerou que “*as expressões utilizadas pela arguida são capazes de ofender a credibilidade, o prestígio ou a confiança que sejam devidos aos Hospital de Braga*”³³.

³¹ V. a edição impressa da revista *Visão* *supra* referida (págs. 60 e 61)

³² Revista *Visão*, *cit.*

³³ Cfr. Jornal Público de 13-12-2012, disponível em <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/hospital-de-braga-controla-mensagens-dos-funcionarios-no-facebook-1577255>, último acesso em 11-01-2014.

Por fim, num outro caso, um trabalhador com nove anos de antiguidade numa empresa de comunicações foi alvo de um processo de despedimento após ter colocado na *Internet* uma crítica à empresa em que trabalhava. Acabou por chegar a um acordo para sair. Segundo relatos do próprio, concedidos numa entrevista, “*escrevi no Facebook um post a queixar-me dos serviços da Sapo e referindo o grupo PT. Estava chateado com o atendimento num serviço. Na primeira sexta-feira depois do regresso, recebi uma chamada da minha chefe a pedir-me para me apresentar na sede da empresa porque, no dia anterior, tinha recebido um e-mail da administração da PT, com uma monitorização de uma chamada minha, em que me acusavam de ter colocado um cliente «em espera» enquanto acedia ao Facebook*”³⁴.

Igualmente, nas ordens jurídicas estrangeiras se têm verificado diversos casos tornados públicos através dos meios de comunicação social e que mostram que os problemas que aí surgem pouco ou nada diferem de ordem jurídica para ordem jurídica³⁵.

Segundo uma investigação³⁶ levada a cabo por uma empresa internacional especialista em segurança da *Internet*, o tema de despedimento relacionado com o *Facebook* é tão recorrente que, se levarmos a cabo uma pesquisa na rede, facilmente nos apercebemos da dimensão que este assunto tem vindo a assumir.

³⁴Disponível em [http://www.sabado.pt/Multimedia/FOTOS/Sociedade/Fotogaleria-\(7\).aspx](http://www.sabado.pt/Multimedia/FOTOS/Sociedade/Fotogaleria-(7).aspx) Último acesso em 12-01-2014.

³⁵ O caso americano “*Dawnmarie Souza*” teve contornos semelhantes: a trabalhadora, empregada do *call center* de uma empresa de ambulâncias no Connecticut, insultou no *Facebook* o seu chefe.

A solução do caso é que foi, até certo ponto, inovadora: o *National Labor Relations Board*, uma espécie de Inspeção Geral do Trabalho dos EUA, acabou por resolver extra-judicialmente o caso, indicando a readmissão da mulher e obrigando a empresa em causa a declarar por escrito que se compromete a respeitar a liberdade de expressão dos trabalhadores como condição essencial dos seus direitos e a fazer um código de conduta sobre o uso de redes sociais onde garante a liberdade de expressão dos trabalhadores.

Existem inúmeros casos semelhantes: “*O site norte-americano Huffington Post enumera pelo menos 13 casos de despedimento provocado por comentários em redes sociais, nomeadamente no Facebook e Twitter. Da mulher que estava de baixa por não poder trabalhar com computadores e que foi apanhada a comentar no Facebook em casa, até ao juiz britânico afastado por expor um caso em que estava indeciso no Facebook para que os amigos decidissem por ele, passando pela empregada de mesa de uma pizzeria que foi despedida depois de se queixar dos clientes no Facebook.*”

Fonte: <http://www.canalvg.com.br/index.php/canalvg/descricao/geral/47/Um+funcion%C3%A1rio+pode+serdemitido+pelo+que+escreve+nas+redes+sociais.html> Último acesso em 16-01-2014.

³⁶ Trata-se de um estudo levado a cabo, em 2009, pela “*Proofpoint*”, (V. <http://www.proofpoint.com/about-us/index.php>) uma empresa especialista em fornecer às empresas mundiais formas de proteger e gerir os seus dados de negócio mais sensíveis contra possíveis devassas ou ataques. Segundo o referido estudo, oito por cento das empresas já tinham despedido alguém devido a comentários feitos nas redes sociais. Curiosamente, no ano anterior, apenas 4 por cento tinham sido despedidos pelas mesmas razões. Igualmente, 17 por cento das empresas já tinham tido problemas com trabalhadores utilizadores de *social media*. Fonte: <http://blog.proofpoint.com/2010/03/more-from-the-Facebook-fired-file-east-stroudsburg-university-professor-suspended-for-funny-Facebook.html> Acesso em 16-01-2014.

Os casos que têm surgido são tão diversos e em tão grande número que, além de fornecerem material para notícias e discussões críticas de páginas intermináveis na comunicação social nacional e estrangeira, têm sido também o mote para ensaios e estudos em variadas áreas.³⁷

E muitos outros casos foram descritos tanto na Europa³⁸ como nos Estados Unidos e Brasil, mostrando que um uso inadvertido das redes sociais pode trazer grandes dissabores aos seus utilizadores, não apenas na perspectiva que ora se pretende aprofundar, das relações do trabalhador com a sua entidade patronal, como também nas relações com colegas de trabalho, e nas relações sociais em geral.³⁹

³⁷ Veja-se, a este propósito, um caso que envolveu o Brasil, na sequência das eleições presidenciais de 2010, em que uma jovem estudante paulista de Direito logo após a vitória de Dilma Rousseff nas eleições presidenciais de 2010 terá escrito numa rede social qualquer coisa como “Mate um Nordestino afogado”. “*A jovem em questão (Mayara Petruso) inspirou outras pessoas de São Paulo a verbalizarem seus preconceitos contra as pessoas oriundas de estados da região Nordeste do Brasil. As reações à explosão de postagens preconceituosas no Twitter que se seguiram ao apelo de Petruso, o qual foi considerado criminoso pela Ordem dos Advogados do Brasil, por meio da sua seção em Pernambuco, tomaram conta da Internet e mobilizaram a imprensa nacional. A Época, uma revista sediada em São Paulo, notoriamente de tendência conservadora, também participou dessas reações*”. A mediatização deste caso foi o mote para um estudo levado a cabo por um Professor da Universidade Federal da Bahia sobre o racismo, disponível em <http://linguagem.unisul.br/paginas/ensino/pos/linguagem/1102/110207.pdf> (acesso em 16-01-2014).

³⁸ De França, chega-nos a notícia que dois funcionários de uma empresa de engenharia em França terão sido despedidos por escreverem comentários no Facebook considerados injuriosos. Segundo o tribunal, “a página, mencionando os propósitos imputados, constitui um meio de prova lícito do carácter bem fundamentado do despedimento”. Ainda segundo a descrição na imprensa, o funcionário terá escrito na sua página que fazia parte do “clube dos nefastos”, ao que outros dois funcionários terão respondido/comentado “bem-vindo ao clube”.

Perante tais afirmações, a direcção da empresa entendeu que a atitude deles “denegria a empresa”. Dois dos três funcionários em causa impugnaram o despedimento, tendo um terceiro aceite um acordo amigável. O Tribunal em causa deu razão ao advogado da empresa que argumentou que uma rede social é uma plataforma aberta e não um sítio privado, conforme alegavam os trabalhadores. Notícia disponível em: <http://www.tvi24.iol.pt/tecnologia/facebook-despedimentos-franca-comentarios-rede-social-tvi24/1210694-4069.html>, acesso em 12-02-2013

³⁹ Da Holanda, por exemplo, chega-nos o relato de um caso caricato que, não tendo embora a ver com despedimento, revela, uma vez mais, o “poder” das redes sociais: depois de um passeio de bicicleta pelos Alpes franceses, o ciclista Johan Minkjan, que recebia uma pensão do governo por invalidez postou fotos suas na Internet, mostrando as suas performances sobre rodas, e que lhe custou a devolução da pensão que a seguradora lhe atribuía. Cfr. detalhes do caso em http://www.dutchnews.nl/news/archives/2012/01/alpine_cyclist_ordered_to_repa.php.

Outros casos envolvem personalidades dos mais diversos quadrantes sociais, como foi o caso, ocorrido nos Estados Unidos em que deputado *Anthony Weiner* teve que se afastar do Congresso depois de partilhar, inadvertidamente, no *Twitter*, fotos suas consideradas indecorosas quando aquilo que pretendia era enviar somente a uma mulher. Notícia disponível em <http://swampland.time.com/2011/06/06/contrite-and-not-quite-defiant-can-anthony-weiner-survive-scandal/>.

3. O Fenómeno das redes sociais e o Direito

Sendo o Homem princípio e fim de todo o Direito, o acesso às redes sociais por milhões de pessoas propiciado pela globalização das redes não podia deixar de suscitar inúmeros e variados problemas jurídicos.

Desde logo, aspectos jurídico-civis (por vezes descurados) relativos aos contratos que os utilizadores celebram com as empresas que fornecem e gerem as redes, com inúmeras questões inerentes, nomeadamente as relativas à protecção dos direitos de personalidade como a reserva da intimidade da vida privada ou a protecção de dados pessoais.

Por outro lado, o problema da utilização das redes sociais para a prática (ou incitamento à prática) de ilícitos penais ou ainda do controlo administrativo de alguns aspectos das redes como a utilização de dados pessoais ou a captação de imagens.

A exposição pública a que o sujeito se submete quando cria um perfil numa rede social mediada terá, necessariamente, como consequência a restrição de alguns direitos fundamentais. Desde logo, restrição do direito à imagem pela exposição de fotografias

Nem o meio académico fica incólume aos perigos do uso das redes sociais. Nos Estados Unidos, um Professor universitário de sociologia foi suspenso por ter colocado no *Facebook* actualizações consideradas ameaçadoras. Pormenores disponíveis em <http://www.inc.com/news/articles/2010/03/professor-suspended-for-Facebook-postings.html>.

Também no que concerne às relações com os colegas de trabalho, há descrições de casos que levaram ao despedimento de trabalhadores por terem tido condutas pouco cordiais com os seus colegas de trabalho. Foi o caso, por exemplo, de um trabalhador que, a partir do seu computador de casa e fora do horário de trabalho, fez comentários no *Facebook* referindo-se a uma colega de trabalho como sendo promíscua. Apesar de a visada não ter visto os comentários, foi avisada por um colega do sucedido. O autor, em vez de retirar os comentários ofensivos, postou mais comentários impudicos, o que deixou a visada muito aborrecida.

O caso foi levado à entidade patronal por um colega que se aborreceu com o teor dos comentários, tendo o tribunal entendido que os referidos comentários eram ofensivos, com carácter vexatório e contra o código de conduta da empresa. O Tribunal recusou os argumentos da defesa, que se baseavam no *Human Rights Act 1998* e que não deveria ter sido despedido por ter feito comentários para um círculo privado de amigos, tendo entendido que escrever comentários na sua página do *Facebook* à qual o público pode aceder, deita por terra qualquer direito a considerar tais comentários como sendo privados. Notícia disponível em: <http://www.theguardian.com/money/work-blog/2012/may/01/antisocial-network-Facebook-abuse-employers>.

(independentemente da possibilidade de restringir a publicidade e de se poder escolher - pelo menos, em teoria - quem pode visualizar a actividade). Restrição também do direito à reserva da intimidade sobre a vida privada, especialmente para os utilizadores que publicitam tudo - ou quase - aquilo que fazem no seu dia-a-dia: o que almoçam, com quem jantam, para onde viajam; e por fim restrição do direito à liberdade de expressão, se entendermos que a liberdade de expressão em público é mais restrita que a liberdade de expressão em privado.

Na verdade, a possibilidade de os comentários, as fotos, as alterações de *status*, as preferências, em suma, toda a “actividade” do utilizador ser vista por um número indeterminado de pessoas é uma consequência inquestionável. Diríamos mesmo que uma vez na rede, sempre na rede, já que as possibilidades de partilha e reprodução das informações lá colocadas são imensas.

Por estes motivos - e talvez revelando alguma da nossa pré-compreensão em relação ao tema do presente estudo -, entendemos que os utilizadores devem optar por uma solução de compromisso com a segurança e a prudência na utilização deste tipo de comunicação, em que deverão ponderar sempre aquilo que escrevem, já que o número de destinatários pode ser variado e indeterminado.

Parece-nos evidente que uma conversa entre duas ou até mais pessoas terá diferente repercussão e impacto nos interlocutores que comentários publicados nas redes sociais do tipo *Facebook*.

A este propósito, há aliás autores⁴⁰ que salientam a relevância jurídica da “palavra *virtual*” paralelamente à palavra falada e à palavra escrita, com o surgimento da sociedade da informação e da comunicação.

Existem já estudos relativos ao grau de privacidade praticado no *Facebook* em Portugal⁴¹, que concluem que os portugueses expõem com muita frequência informações de cariz pessoal sem qualquer restrição, o que pode tornar o utilizador mais vulnerável⁴².

⁴⁰ Neste sentido, FARIA COSTA, “As telecomunicações e a privacidade: o olhar (in) discreto de um penalista” in *Direito Penal da Comunicação (Alguns escritos)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp.143-177.

Com relevância para o presente trabalho, note-se que o estudo concluiu que um quarto dos utilizadores em Portugal identificam no *Facebook* a sua entidade patronal.

O estudo concluiu, ainda, que os grupos de informação mais pesquisados são os relativos à informação pessoal, interesses e contactos.

Refira-se, por fim, que o tema que tratamos, dirigindo-se a uma nova realidade, coloca os problemas típicos de compreensão, assimilação e qualificação com que as novas realidades confrontam os juristas.

Assim, por exemplo, uma questão que tem levantado alguns problemas de interpretação e de qualificação, tanto no estrangeiro⁴³, como em Portugal⁴⁴ é o valor e o significado de um “like” num determinado comentário, publicidade ou fotografia do *Facebook*. Trata-se de uma manifestação de vontade e de opinião juridicamente relevantes?

E se o *like* for colocado num comentário pejorativo ou injurioso para a entidade patronal do utilizador que assim parece manifestar que “gosta” desse comentário?

⁴¹ Como é o caso do projecto português da Universidade de Coimbra “*Vigilis*”. Este estudo procurou identificar e quantificar o tipo de informação revelada pelos Portugueses no *Facebook*, tendo analisado 47 características presentes em 78.320 perfis e concluído pela “total ausência de proteção” de dados pessoais disponibilizados pelos utilizadores. O coordenador do estudo adiantou também que “As fotografias são públicas, qualquer um as pode ver. A maioria revela pormenores de relações”. Fonte: *Expresso online*, disponível em <http://expresso.sapo.pt/Facebook-portugueses-desleixam-privacidade=f624016>, acesso em 07-10-2013.

⁴² Segundo o coordenador do projecto referido *supra*, a disponibilização de certas informações simples como a morada ou a empresa em que o utilizador trabalha “*torna o seu perfil vulnerável a possíveis ataques piratas ou a situações maliciosas*” Como exemplo de uma situação particular referiu o ataque ocorrido numa rede de lojas sujeita a centenas de comentários negativos no *Facebook*, depois de um problema com um cliente. O especialista alertou ainda que “*O que aconteceu pode acontecer em sentido oposto, pode acontecer a uma pessoa só ou entre utilizadores. A informação disponibilizada pode servir de base para inúmeros ataques, tecnológicos ou não*”.

⁴³ Esta questão tinha já sido colocada nos Estados Unidos, onde foi decidido que um “like” no *Facebook* se encontra protegido pela 1.ª Emenda da Constituição. Foi a propósito de um caso em que o tribunal decidiu que colocar um *like* é uma forma de expressão que está protegida constitucionalmente. Segundo a decisão, “*Liking*” the campaign page, was the “*Internet equivalent of displaying a political sign in one’s front yard, which the Supreme Court has held is substantive speech*.” Ao decidir desta forma, o Tribunal apoiou um xerife da Virgínia que diz ter sido prejudicado por ter colocado um *like* na página de um homem que concorria contra o seu chefe numa disputa para xerife da cidade. Fonte: <http://blogs.wsj.com/law/2013/09/18/court-facebook-like-is-protected-by-the-first-amendment/> Último acesso em 11-01-2014

⁴⁴ Em Portugal, muito recentemente, colocou-se questão semelhante à analisada na nota *supra*, aquando da campanha para as últimas eleições autárquicas, quando um partido levou ao conselho de jurisdição a questão de saber se “Um *like* no *Facebook* em relação a uma determinada ideia de um candidato é um apoio? Participar numa protocandidatura é um apoio? Subscrever uma candidatura para além da do seu partido é um apoio? Dar um abraço a um candidato que ficou registado em fotografia é um apoio?” Fonte: <http://www.publico.pt/politica/noticia/colocar-um-like-no-Facebook-e-apoiar-uma-candidatura-1613119> Último acesso em 11-01-2014.

É questão que nos limitamos a enunciar como exemplo dos novos problemas que as redes sociais colocam ao direito e ao direito do trabalho em particular.

4. O fenómeno das redes sociais e o Direito do Trabalho

No mundo do trabalho, a emergência da “*revolução tecnológica associada às Novas Tecnologias de Informação e Comunicação*”⁴⁵ acarreta importantes modificações e revela novos problemas jurídicos.

Assistimos hoje à emergência de um novo paradigma social para uns designado como “sociedade da informação” ou “sociedade da comunicação”⁴⁶ que se baseia num modelo de organização em que “os trabalhadores, enquanto cidadãos, devem ser estimulados a usarem as NTIC, sendo que este estímulo deve ser dado pela possibilidade de as utilizarem no seu local de trabalho para diferentes finalidades”⁴⁷.

Há, por outro lado, quem defenda que esta nova sociedade deverá antes ser designada “sociedade informacional e global”⁴⁸

⁴⁵ Na expressão de Teresa MOREIRA, *A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*, Almedina, 2010, página 25.

⁴⁶ Para Oliveira ASCENSÃO, “*A Sociedade da Informação*” in *Direito da Sociedade da Informação, Volume I*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 167, a classificação tecnicamente mais correcta para este novo modelo de sociedade seria a de “*sociedade de comunicação, uma vez que o que se pretende impulsionar é a comunicação, e só num sentido muito lato se pode qualificar toda a mensagem como informação*”

⁴⁷ Teresa MOREIRA, *ob. cit.* entende que não há nenhum benefício em proibir injustificadamente o recurso a estes meios

⁴⁸ Manuel CASTELLS *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. A Sociedade em Rede. Vol. (I)*, 3.^a Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007, página 115, defende esta designação, entendendo que a sociedade é agora informacional “*porque a produtividade e competitividade dos agentes económicos depende, fundamentalmente, da sua capacidade de gerar, processar e utilizar de forma eficiente informação baseada no conhecimento*” e global “*porque o núcleo principal das actividades de produção, consumo e circulação, bem como os seus componentes (capital, trabalho, matérias-primas, gestão, informação, tecnologias, mercados) se encontra organizado à escala global, directamente através das redes de ligação entre agentes económicos. É informacional e global porque, nas novas condições históricas, a produtividade gera-se e a competitividade exerce-se por intermédio de uma rede global de interacção. [...] O vínculo*

O recurso às redes sociais e até ao *e-mail* da empresa para fins sindicais tem sido também uma questão discutida ultimamente, pois pode dar origem a vários problemas jurídicos.⁴⁹

Com a difusão das novas ferramentas tecnológicas que permitem às empresas transmitir dados de negócio e estar ligadas a parceiros e clientes em todo o globo, revela-se o reverso da medalha, em que as novas tecnologias aumentam exponencialmente a exposição dos empregadores a riscos que podem acarretar elevados custos, nomeadamente acções judiciais laborais, contra-ordenações, violações de segredo e de segurança e quebras de produtividade.⁵⁰

A possibilidade de “escrutinar” a informação está, hoje, ao alcance de um acesso (de um clique), e oferece-se tanto ao empregador como ao trabalhador (ou aos candidatos a emprego).

Note-se, contudo, que a informação publicada pode ser equívoca. Na verdade, se é certo que o acesso a determinadas informações colocadas em redes sociais (como o *Facebook*) poderá conduzir a conclusões precipitadas quanto à caracterização de algum utilizador, a verdade é que a informação ao alcance de todos permite que o utilizador possa ponderar aquilo que quer, ou não, “trazer para o mundo”...

histórico entre a base de conhecimento-informação da economia, o seu alcance global e a revolução tecnológica da informação é que dá origem a um sistema económico novo e distinto”.

⁴⁹ Algumas convenções coletivas de trabalho em Espanha já contemplam o tema, prevendo o uso sindical do sistema da intranet e até mesmo o dever de o empregador disponibilizar, no site da empresa, um espaço específico para informações sindicais de interesse dos trabalhadores.

Nos Estados Unidos da América teve lugar uma “*cybergreve*” contra um grupo japonês fabricante de pneus *Bridgestone/Firestone Inc.* quando cerca de 2.300 trabalhadores em greve contra corte de salários foram dispensados e substituídos. A Federação Internacional de Sindicatos dos Trabalhadores Químicos, da Energia, das Minas e Indústrias diversas ajudou o Sindicato Unificado de Trabalhadores do aço dos Estados Unidos a iniciar uma *cybergreve*, facilitando-lhe uma lista de endereços no seu *site* na *Internet* para que este ocupasse e bloqueasse os sites e *e-mails* da empresa e dos fabricantes de automóveis e distribuidores, vendedores de pneus, bancos e outras entidades relacionadas com a *Bridgestone/Firestone*. A empresa acabou por readmitir os trabalhadores dispensados. Fonte: http://www.amaurimascaronascimento.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=538:Interne-t-redes-sociais-e-direito-do-trabalho-contemporaneo-&catid=115:doutrina-&Itemid=269. Acesso em 12-02-13

⁵⁰ V. Nancy FLYNN, *The e-Policy Handbook, Second Edition, Rules and Best Practices to Safely Manage Your Company's E-mail, Blogs, Social Networking, and Other Electronic Communication Tools*, AMACOM, USA, 2009.

Se aqui tocamos aspectos como a reserva da intimidade da vida privada de um trabalhador utilizador do *Facebook* ou a sua liberdade de expressão e de opinião, aspectos que esmiuçaremos mais adiante, há que ter presente que a coexistência de direitos do empregador como o direito ao bom nome, à integridade moral e à liberdade de empresa pode, em determinadas situações, favorecer o surgimento de conflitos de direitos cujas particularidades sempre marcadas pela particular situação – desigual, assumamos - em que se situam as partes ⁵¹, tentaremos explicar.

A questão prende-se, no fundo, com a necessária compressão dos direitos de ambas as partes: o direito ao bom nome e reputação e a liberdade de empresa do empregador, e os direitos fundamentais de expressão e de reserva da vida privada do trabalhador, sendo que todos gozam de protecção constitucional e, deste modo, o exercício dos direitos fundamentais do trabalhador também não pode pôr em causa os direitos da entidade patronal nem prejudicar a empresa.

Diga-se, porém, numa consideração de ordem prática, que somos tentados a reconhecer que o benefício da utilização da *Internet* é largamente superior aos prejuízos que daí possam decorrer, desde que respeitados os limites que adiante veremos.

⁵¹ Sublinhando a desigualdade efectiva que existe entre ambas as partes, vide José João ABRANTES, *Estudos sobre o Código do Trabalho*, O Código do Trabalho e a Constituição, Coimbra Editora, 2005, págs. 61 e seguintes. Para o Autor, a fisionomia da relação de trabalho é ainda a de uma *relação de poder-sujeição*, em que a liberdade de uma das partes é susceptível de ser posta em perigo pelo maior poder económico e social da outra.

“No contrato de trabalho, os sujeitos não dispõem de igual liberdade quanto à celebração do negócio, nem detêm iguais possibilidades quanto à estipulação das cláusulas negociais ou quanto à exigência do seu cumprimento. O trabalhador tem desde logo uma absoluta necessidade de outorgar, uma vez que para ele é indispensável a alienação da disponibilidade da sua força de trabalho como meio (por vezes único) de auferir o sustento, seu e da sua família.

Existe, de facto, um manifesto desequilíbrio entre os poderes patronais e os do trabalhador, sendo precisamente o reconhecimento da inferioridade substancial da situação dos trabalhadores que está na base, não só do ordenamento legislativo laboral actual, como ainda da relevância dada pela Constituição aos seus direitos.”

II - Problemas jurídico-laborais das redes sociais

Numa primeira tentativa de enumerar as diferentes questões que o fenómeno das redes sociais põe ao Direito do Trabalho, podemos distinguir três núcleos problemáticos essenciais: Em primeiro lugar, problemas suscitados pelo uso ou possibilidade de uso de redes sociais durante o período de trabalho.

Em segundo lugar, problemas suscitados pela utilização pelo empregador de informações disponíveis nas redes relativas a um utilizador/candidato a emprego.

Em terceiro lugar, os problemas relativos à aplicação de sanções disciplinares a trabalhadores por causa de publicações efectuadas no *Facebook*, nomeadamente comentários negativos sobre a respectiva entidade patronal.

Será este último, o problema central a que a presente monografia se dirige: podem publicações no *Facebook* relevar disciplinarmente? Podem constituir justa causa de despedimento?

Por outras palavras: constitui o *Facebook* ou outras redes sociais em geral um espaço de reserva da vida privada dos utilizadores/trabalhadores, com controle totalmente vedado ao empregador? Constitui um espaço por excelência de livre expressão dos utilizadores, que não pode ser comprimido por interesses juridicamente relevantes do empregador?

Como veremos, trata-se de questões difíceis que não têm uma resposta única (sim/não), antes reclamam a análise dos elementos factuais típicos e a definição dos critérios jurídicos que nos permitirão avançar com as diferentes respostas.

5. Um direito de uso das redes sociais durante o horário de trabalho?

Muitas empresas optam por limitar o acesso às redes a partir da empresa ou estabelecem um código de boas práticas para a sua utilização.^{52/53}

Se é certo que a difusão da informação através da *Internet* se pode considerar uma forma de aculturação, a verdade é que o acesso às redes sociais nem sempre se traduz numa obtenção de cultura ou de informação que constitua uma mais valia para o trabalhador.

Muitas empresas um pouco por todo o mundo, conscientes dos riscos que a *Internet* pode comportar, decidiram bloquear o acesso a alguns sítios, especialmente de redes sociais como o *Facebook* ou o *Twitter*.⁵⁴

Tendemos a acreditar - sem generalizar, porém - que algumas quebras de produtividade ou até mesmo o prolongamento dos horários de saída de alguns trabalhadores dos seus locais de trabalho com o pagamento, não raro, das respectivas horas

⁵² Cfr., por exemplo, o “*Guia para actuação nas redes sociais*” da Portugal Telecom complementar ao respectivo Código de Ética, onde a empresa “*reconhece a importância da participação nas Redes Sociais e, por isso, adopta uma política de actuação própria nesses meios de forma a garantir a protecção das suas empresas e a orientar a actuação dos seus colaboradores nesses canais.*”

⁵³ Teresa MOREIRA defende que “*é preferível normativizar o uso destes meios, nomeadamente através do regulamento interno, sendo que não há um acesso irrestrito do empregador ao computador do trabalhador e ao seu correio electrónico*” in *Da Esfera Privada do Trabalhador e o Controlo do Empregador*, Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica*, Coimbra Editora, pág. 318.

No mesmo sentido, cfr. Acórdão da Relação de Lisboa de 06-06-2008, (disponível em <http://www.dgsi.pt/jurl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/6c195267c4ce32e480257474003464f7?OpenDocument&Highlight=0.mail>) em que o tribunal entendeu que “*a reserva da intimidade da vida privada do trabalhador não prejudica a possibilidade de o empregador estabelecer, nomeadamente através de regulamento de empresa, regras de utilização dos meios de comunicação e das tecnologias de informação e comunicação manuseados na empresa (vg: imposição de limites, tempos de utilização, acessos ou sítios vedados aos trabalhadores)*”.

⁵⁴ Segundo um artigo publicado na edição impressa da revista *Visão* de 16 de Maio de 2013 (disponível em <http://visao.sapo.pt/despeditos-por-causa-do-Facebook=f729858>, último acesso em 13-01-2014) várias grandes empresas avisam os seus funcionários de como devem agir nas redes em relação à empresa: a *Walmart*, cadeia de supermercados americana, avisa-os de que não podem divulgar informações confidenciais internas nem falar em nome da empresa sem autorização por escrito; a *Cisco*, empresa de novas tecnologias, recomenda bom-senso e exige que qualquer comentário sobre a empresa ou os seus interesses (mesmo que indirectos) seja acompanhado de uma declaração de que é uma visão pessoal e não empresarial; a *IBM* diz aos seus funcionários para “*não terem medo de serem genuínos*”, mas nunca desrespeitando quem quer que seja (colegas ou potenciais clientes), evitando insultos ou obscenidades. Finalmente, o *Washington Post* recorda que, na *Internet*, tudo corre o risco de se tornar público e, por isso, os seus colaboradores devem abster-se de escrever, nas redes sociais, frases que revelem preconceitos ou favoritismos raciais, políticos, religiosos, sexistas, de forma a não comprometer a credibilidade do jornal.

extraordinárias, se devem, por vezes, ao facto de disporem de *Internet* e acesso a redes sociais no trabalho e “ao carácter tantas vezes lúdico da navegação, agravadas muitas vezes pelo apelo dos jogos on-line e das múltiplas ferramentas de comunicação, nomeadamente dos programas de IRC e de E-mail”⁵⁵.

⁵⁵ Pedro BETTENCOURT, *A Internet no local de trabalho*, VII Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Memórias, Almedina, Coimbra, 2006, páginas 35 a 41. Concordamos igualmente com o autor quando defende que “*de instrumento privilegiado de trabalho, a Internet transforma-se muitas vezes num passatempo, numa forma de distração. Em consequência, é natural que o empregador considere essencial a existência de formas de controlo de produtividade e a limitação das páginas acedidas pelos seus trabalhadores, nomeadamente no respeitante a determinados tipos de conteúdos*”.

Na nossa perspectiva, esta preocupação é absolutamente legítima e nada obsta a que o empregador limite, nomeadamente através de *software*, o acesso dos seus funcionários a determinados tipos de páginas. Em bom rigor, este tipo de limitação nada traz de novo quando comparada com a actuação do empregador que impede as chamadas internacionais ou para redes móveis aos seus trabalhadores.

Uma outra questão, também abordada pelo autor na sua intervenção, e que suscita problemas jurídicos, prende-se com os registos das páginas acedidas, que são como “pegadas” deixadas pelo trabalhador e que podem perdurar no histórico das páginas acedidas. Esses registos podem ficar tanto nos computadores utilizados como nos *servers* da empresa: “*os vários sites por onde passamos vão ficando registados não só no computador que utilizamos e nos servers da empresa, deixando um traço indelével por toda a rede. Tais registos, quando internos à rede do empregador, não são o resultado de uma qualquer política deliberada do empregador, mas de uma predefinição dos computadores tantas vezes direccionada para uma maior velocidade no carregamento de páginas. Para além daqueles registos internos há todo um conjunto de rastros que inconscientemente deixamos espalhados por toda a rede em consequência da lógica em que assenta a Internet, sendo possível a um bom hacker, sem aceder aos computadores da empresa, descobrir muitos dos sites a que aquela esteve ligada e interceptar parte significativa das mensagens a partir dela enviadas e recebidas*”.

No entanto, este autor entende que o problema não reside na existência dos registos em si mesmos, que muitas vezes são desconhecidos dos empregadores, mas sim na utilização que pode ser feita dos mesmos. Segundo ele, os empregadores não têm obrigação de instalar *softwares* que visem eliminar os registos de *sites* acedidos pelos trabalhadores: “*não só não nos parece que o empregador esteja obrigado a instalar aquele tipo de software, como consideramos lícita a proibição de instalação de software, dirigida pelo empregador aos seus trabalhadores. Cremos, no entanto, ser necessário fazer uma ressalva: se é de admitir uma proibição genérica de instalação de software adicional, efectuada pelo titular do equipamento, até porque tal impede a instalação de programas de carácter lúdico e reduz a possibilidade de introdução de trojans e vírus, consideramos já não ser admissível uma proibição exclusivamente direccionada à instalação de software de privacidade. É que, este último tipo de proibição tornaria clara, pelo tipo de interesses em causa, uma intenção de invasão da privacidade do trabalhador.*

Não existindo proibição prévia, cremos que nenhum juízo de censura poderá ser feito a um trabalhador que instale software de privacidade, no computador que utilize no seu dia-a-dia.

Se o computador é cada vez mais um instrumento individual de trabalho, importa não esquecer que este muitas vezes tem natureza colectiva. E, mesmo quando tenha sido atribuído a um único trabalhador, poderá acontecer ser utilizado ou utilizável por outros trabalhadores, nomeadamente quando este se encontre prolongadamente ausente.

Tal possibilidade deve ser dada a conhecer ao trabalhador e implica que os ditos registos de navegação poderão, eles próprios, ser comuns, não sendo certamente ilícita a utilização do histórico do browser por qualquer um dos utilizadores do computador (embora já se possam levantar algumas questões de privacidade no respeitante aos Temporary Internet files porquanto, encontrando-se ocultos numa pasta do sistema podem conter informação que os restantes utilizadores tendem a desconhecer, mas que está presente e poderá mais facilmente conter elementos privados).

Na realidade, a utilização colectiva de computadores não é incompatível com a privacidade de cada um dos seus utilizadores, quer através de pastas próprias para os seus documentos privados (protegidas

A *adição*^{56/57} - adição já diagnosticada como *Facebook Addiction Disorder (FAD)*, no caso da rede social global - que o uso das redes pode desencadear originará, eventualmente, uma quebra da produtividade do trabalhador que, ao usar os meios colocados ao seu dispor para trabalhar está a desperdiçar recursos e tempo que (até) é pago pelo empregador.⁵⁸

Ao que acrescem outros problemas do foro psicológico, que extravasam o estrito campo do direito laboral: foram descritas perturbações como estados de depressão e angústia motivados pela tendência dos utilizadores em sobrevalorizarem os aspectos por vezes ilusoriamente positivos que vão lendo nas páginas dos seus contactos.⁵⁹

Assim, se é certo que em algumas profissões o acesso às redes sociais poderá permitir ao trabalhador estar “actualizado” e a par das últimas novidades, cremos que, para a maioria, o recurso a estas ligações durante o período de trabalho traz poucas ou nenhuma vantagem podendo até representar um prejuízo para as empresas.

muitas vezes, pela lógica da rede, da utilização indevida), quer pela utilização de programas individuais de gestão de correio electrónico. No entanto, a devassa da privacidade poderá não ter uma origem patronal mas ser proveniente de colegas de trabalho.

Em caso de invasão da privacidade do trabalhador por parte de um colega de trabalho, parece que duas atitudes se impõe ao empregador: quer o dever de sancionar o prevaricador, quer ainda reforçar o nível de privacidade dos ficheiros pessoais do trabalhador”.

⁵⁶ Para autores como Gustavo CARDOSO, sendo o *Facebook* a rede social com maior número de adeptos, pode desencadear “uma tal devoção a ponto de suscitar a emergência de comportamentos patológicos” *ob. e loc. cit.*

⁵⁷ Existem já clínicas para tratar a designada *Facebook Addiction Disorder (FAD)* que se traduz numa perturbação psicológica derivada da *Internet Addiction Disorder*, diagnosticada pelo psiquiatra norte-americano *Ivan Goldberg* em 1995. Para os especialistas, tal dependência apresenta sintomas físicos e psicológicos semelhantes à adição a substâncias como a nicotina, o álcool ou comprimidos, o que levou à abertura de clínicas e serviços especializados em Itália, Estados Unidos e Reino Unido. Fonte: <http://www.ucbportugal.pt/arquivo.php?p=1367> Acesso em 09-10-2013, pelas 16h30m

⁵⁸ Contra o argumento de existência de um distinto prejuízo económico da utilização da *Internet* e do correio electrónico para fins extra-laborais, relativo a um eventual aumento das despesas de uso da rede, v. Teresa MOREIRA, Da Esfera Privada do Trabalhador e o Controlo do Empregador, in *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica* 78, Coimbra Editora pág. 318 e 319. A Autora argumenta, a este propósito, que “a maioria das empresas celebra contratos especiais que lhes permitem um uso permanente de tal maneira que o uso indevido que o trabalhador faça será irrisório, quando não inexistente.”

⁵⁹ Cfr., por exemplo, informações sobre estudos psicológicos disponíveis em <http://www.newyorker.com/online/blogs/elements/2013/09/the-real-reason-Facebook-makes-us-unhappy.html> e em <http://www.psychologytoday.com/blog/wired-success/2012/03/is-Facebook-good-or-bad-your-self-esteem>. Outros estudos curiosos prendem-se com possibilidade de existência de ciúmes gerados pelo *Facebook* nas relações conjugais (Vide, por exemplo, <http://psychcentral.com/blog/archives/2009/08/11/Facebook-reinforces-relationship-jealousy/>) Acessos em 07-02-2014.

Há, no entanto, estudos levados a cabo nos Estados Unidos e na Austrália que revelam que o acesso a redes de lazer, se feito por períodos curtos de tempo (menos de trinta minutos) nos locais de trabalho, poderá estimular a produtividade, na medida em que proporciona alternativas de comunicação mais rápidas do que o telefone ou *e mail*.⁶⁰

Um estudo da Universidade de Melbourne concluiu que os trabalhadores que navegam na *web* durante o período de trabalho concentram-se mais facilmente ⁶¹.

Há que ter presente que, no contrato de trabalho, está patente a particular característica, que resulta, aliás, do artigo 11.º do Código do Trabalho⁶², que é a “subordinação jurídica” do trabalhador ⁶³.

O poder de direcção do empregador dá-lhe a possibilidade de controlar o uso das tecnologias para fins meramente lúdicos ou pessoais (de acesso a redes sociais) por parte do trabalhador até porque pode estar em causa uma quebra da sua produtividade e até a possibilidade de esse uso ser sancionado. Parece-nos que a questão do direito de uso das redes sociais durante o período de trabalho, em bom rigor, não se distingue muito da questão do direito de uso da *Internet* e de utilização do *e mail* para fins pessoais por parte do trabalhador, e tem dividido a doutrina. Particularmente, no que concerne ao uso do *e-mail*, existem alguns (relativamente poucos) pontos de consenso doutrinal⁶⁴.

Recorde-se que o poder de direcção expressamente previsto no 97.º do CT, compreende a fixação dos termos em que deve ser prestado o trabalho, nos limites estabelecidos pelo contrato de trabalho e pelas normas que o regem.

⁶⁰ Informação disponível em: <http://tecnologia.terra.com.br/interna/0,,OI2932183-EI4802,00-Mensagens+instantaneas+sao+beneficas+no+trabalho+diz+estudo.html> Acesso em 24-09-2013, 12:35 h

⁶¹ O autor do estudo, Brent Coker, defende que “*as pessoas precisam relaxar um pouco para voltarem a se concentrar*”, disse Coker no site da instituição, acrescentando que “*pausas curtas e moderadas, como uma rápida navegação na Internet, permitem que a mente descanse, levando a uma concentração total maior para o dia de trabalho e, como resultado, aumenta a produtividade*”. Informação disponível em <http://tecnologia.terra.com.br/interna/0,,OI3676125-EI4802,00-Navegar+por+lazer+no+trabalho+pode+elevar+produtividade.html>, último acesso em 24-09-2013, 12:43 h

⁶² Pertencem a este Código todas as normas citadas sem indicação do respectivo diploma legal.

⁶³ Segundo MONTEIRO FERNANDES, in *Noções Fundamentais de Direito do Trabalho*, 2.ª Edição, Coimbra, 1976, pág. 37, “*a subordinação jurídica consiste numa relação de dependência necessária de conduta pessoal do trabalhador na execução do contrato face às ordens, regras ou orientações ditadas pelo empregador, dentro dos limites do mesmo contrato e das normas que o regem*”. Assim sendo, o empregador tem a possibilidade de definir a forma de prestação do trabalho, bem como o seu conteúdo.

⁶⁴ Júlio GOMES, *Direito do Trabalho*, Volume I, *Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra 2007.

De resto, a regulamentação do uso da *Internet* e do acesso a redes sociais é matéria que poderá ser abrangida pelo poder regulamentar do empregador, através da elaboração de regulamentos internos sobre estas matérias (Artigo 99.º do Código do Trabalho).

Antes de mais, há que ter em conta o facto de a propriedade dos meios informáticos ser do empregador e o correio electrónico profissional e a *Internet* estarem à disposição do trabalhador para levar a cabo o seu trabalho, sendo instrumentos de e para o trabalho.

Assim, entendemos que o empregador pode, nos termos do artigo 22.º n.º 2 do Código do Trabalho, regular a utilização dos meios de comunicação na empresa, nomeadamente do correio electrónico⁶⁵, salvaguardando sempre o direito de reserva e confidencialidade das mensagens previsto no n.º 1 do artigo 22.º do Código do Trabalho o que limita apenas o acesso e o controle do conteúdo destas pelo empregador.

Do ponto de vista da rentabilização dos instrumentos de trabalho colocados ao dispor do trabalhador e do tempo de trabalho, somos tentados a concluir que o trabalhador se deve abster de navegar – e divagar – nas páginas e *sites* que nada têm a ver com a sua função, durante o seu horário de trabalho. Até porque isso pode levar a que o trabalhador não cumpra as suas tarefas atempadamente e tenha que realizar trabalho extraordinário que pode até ser pago pelo empregador⁶⁶.

⁶⁵ A CNPD tem entendido, porém, esta possibilidade que a Lei dá ao empregador de controlar os meios de comunicação na empresa, de uma forma restritiva, defendendo, na Deliberação n.º 1638/2013, disponível em http://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/Delib_controlo_comunic.pdf, último acesso em 30-12-2013, que “fica fora do espectro do artigo 22.º, n.º 2, do CT qualquer mensagem ou comunicação que o trabalhador efetue através de contas de correio electrónico, de redes sociais ou de quaisquer outras contas as quais o trabalhador aderiu a título pessoal, ainda que a elas aceda através do computador da empresa. Está absolutamente vedada ao empregador qualquer forma de controlo do conteúdo da informação da área privativa do trabalhador enquanto utilizador de um daqueles serviços”.

⁶⁶ Para a Comissão Nacional de Protecção de Dados, “num mundo cada vez mais dominado pelas tecnologias de informação e comunicação, em que os meios de comunicação são centrais no trabalho de qualquer empresa ou empregador, não se afigura lógico nem realista que, no contexto da relação de trabalho, se proíba de forma absoluta - a utilização de telefones e telemóveis, do correio electrónico e o acesso a *Internet* para fins que não sejam estritamente profissionais.

Ademais, se o envio de correio electrónico ou a realização de contactos telefónicos está no domínio do trabalhador, e manifestamente impossível que este possa controlar o correio electrónico, os telefonemas ou mensagens que recebe na conta de correio ou nos telefones da empresa. Por isso, a definição de regras organizacionais no contexto laboral não pode ignorar os imponderáveis ou necessidades extraordinárias de utilização daqueles meios para fins que não sejam estritamente profissionais.

De resto, podendo não ser fácil por vezes estabelecer a fronteira entre uma comunicação pessoal ou profissional, sempre se dirá, na esteira do que já afirmou o Supremo Tribunal de Justiça (Ac. de 5-07-2007, Processo 078043, disponível em www.dgsi.pt), que devem ser encontradas formas equilibradas que possam

Em vários ordenamentos estrangeiros, há autores que defendem que sendo o empregador o “detentor da propriedade” destas novas tecnologias, e tendo o poder de direcção sobre o trabalhador, poderá legitimamente estabelecer regras e até proibir o recurso a estes meios⁶⁷.

Entre nós, Júlio GOMES⁶⁸ entende que o empregador pode controlar ou impor regras para a utilização do correio electrónico sendo legítimo proibir o seu uso para fins meramente pessoais. Porém, o autor salvaguarda certas situações em que a utilização pessoal do correio electrónico pode ser “socialmente adequada”^{69/70}.

conciliar os interesses do empregador e a realidade atual dos meios de comunicação. As supracitadas regras de utilização devem balizar o uso desses meios por parte do trabalhador, através de regulamento interno que disponha sobre essa matéria, nos termos do artigo 99.º do CT.

O amplo poder de organização reconhecido pelo CT a entidade empregadora há de implicar que o correspondente poder de controlo do cumprimento das regras de organização tenha a medida necessária a efetivação daquele poder.

Mas a escolha dos meios de controlo por parte do empregador tem de obedecer aos princípios da necessidade, da proporcionalidade e da boa-fé, devendo o empregador demonstrar que escolheu as formas de controlo com menor impacto sobre os direitos fundamentais dos trabalhadores”. (in Deliberação n.º 1638/2013, de 16 de Julho, página 7, disponível, em http://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/Delib_controlo_comunic.pdf, último acesso em 30-12-2013)

⁶⁷ Teresa MOREIRA *A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação* cit., pág. 621) refere, a este propósito, que na doutrina alemã “vários autores entendem ser uma prerrogativa do empregador a possibilidade de decidir quem e quando pode aceder a estas tecnologias para fins pessoais e proibir o seu uso para fins não profissionais”.

⁶⁸ *Ob. cit.* págs. 369 e seguintes

⁶⁹ Júlio GOMES *ob. cit.* Aqui, o autor estabelece um paralelo com “os tradicionais meios de comunicação, como o telefone ou o fax da empresa que, de maneira esporádica, podem ser utilizados pra mensagens de conteúdo pessoal. Algumas vezes (...) tais mensagens pessoais têm, mesmo, uma motivação profissional: pense-se no telefonema (ou, hoje, no e mail) do trabalhador ao seu cônjuge, ou à pessoa com quem vive, avisando que chegará atrasado a casa, por necessidades de serviço”.

⁷⁰ Assim, também Pedro BETTENCOURT, *cit.* págs. 39 e 40, defende que a prévia fixação, por parte do empregador, de regras de utilização dos meios informáticos é desejável, «como de resto é reconhecido no Parecer (de 29 de Outubro de 2002) da Comissão Nacional de Protecção de Dados referente aos “Princípios sobre a privacidade no local de trabalho”.

Tratando-se de instrumentos de trabalho do empregador, nada impede que este determine regras sobre a sua utilização. De facto, nem é necessária a invocação da titularidade do equipamento para tanto concluir, basta pensar que compete ao empregador determinar a forma como o trabalho deve ser prestado. Em qualquer caso, é desejável, até por razões de clareza, a prévia fixação das regras de utilização do computador para fins pessoais, no seu condicionamento, ou ainda uma mera autorização genérica de uso.

O referido parecer da CNPD considerou “ilógico, irrealista e contraproducente que, no contexto da relação de trabalho, se proíba - de forma absoluta - a utilização de correio electrónico e o acesso à Internet para fins que não sejam estritamente profissionais”. Não podemos subscrever tal afirmação, que nos parece absurda (utilizando o tipo de linguagem da CNPD).

Não só a grande maioria do nosso tecido produtivo não se encontra informatizado, muito menos dispõe de banda larga nos seus acessos (muitas vezes assente em *modems* analógicos com elevados custos de utilização), ou existe um computador por trabalhador. Mais, invocar princípios de liberdade de expressão e informação para defender uma espécie de direito dos trabalhadores ao acesso à Internet com utilização das

Mesmo admitindo que o empregador é o titular da propriedade dos meios informáticos e que os mesmos são colocados ao dispor do trabalhador para este levar a cabo o seu trabalho, tendemos a secundar Teresa MOREIRA quando esta afirma que “*uma proibição total da utilização destes meios pode ser drástica e até contra-producente. Na verdade, a flexibilidade das relações laborais tem de ser aceite como uma via de dois sentidos: se o empregador pretende ter trabalhadores flexíveis, com horários também flexíveis, deverá aceitar a possibilidade de existir uma maior flexibilidade entre as fronteiras do pessoal e do profissional, ao que acresce a possibilidade conferida aos trabalhadores de acederem ao seu correio electrónico no domicílio, diminuindo consequentemente as fronteiras entre uma utilização pessoal e profissional*”⁷¹.

Defendemos, como solução para esta questão, a clarificação das regras na empresa em que, caso a entidade patronal se oponha terminantemente ao acesso à *Internet* ou ao *e mail*, o diga expressamente através de um código de conduta e/ou boas práticas⁷²,

estruturas patronais, é o mesmo que defender que os empregadores deverão adquirir jornais diários e semanários (senão mesmo computadores) para permitir assegurar o direito dos seus trabalhadores à informação. Não obstante, reconhecemos que na regulação dos acessos à *Internet* por parte dos trabalhadores, não só se deve ter em conta os “princípios da adequação, da proporcionalidade, da mútua colaboração e da confiança recíproca”, como se considera desejável que “os trabalhadores utilizem, com moderação e razoabilidade os meios...à sua disposição”.

Em qualquer caso, podem ser atribuídas a cada trabalhador directorias individualizadas (protegidas pela configuração da rede), ou ainda contas de correios electrónico para usos exclusivamente pessoais distintas das usadas profissionalmente. Tal não impede que cada um proteja os seus ficheiros pessoais através de palavras de passe; ou que, em vez de fazer *download* das mensagens pessoais para o computador da empresa, utilize o *webmail*, impedindo assim que estranhos acedam aos seus dados. Na realidade, parece-nos essencial não esquecer que cada um deve ser o primeiro interessado em proteger os seus próprios dados privados. (...)

Ainda que o empregador proíba a utilização dos computadores da empresa para fins pessoais, ainda aí a privacidade do trabalhador impõe um grau de protecção, ainda que distinto do exigível quando aquela é permitida.»

⁷¹ Teresa MOREIRA, *Da Esfera Privada do Trabalhador e o Controlo do Empregador*, cit. págs. 317 ss.

⁷² A este propósito, Teresa MOREIRA, *idem*, página 318, refere um caso em que a então Direcção Geral das Condições de Trabalho (DGCT), em parecer solicitado pelo então IDICT/IGT do Porto sobre um “Código de Conduta sobre Informática” do Banco BPI, após ter considerado não estar perante um Código de Conduta, mas sim, face a um regulamento interno, sujeito a audição prévia da Comissão de Trabalhadores e aprovação pela IGT e, por isso, insusceptível de ser imposto aos trabalhadores por preterição das formalidades essenciais, considerou que a pretensão do empregador de aceder, monitorar ou copiar a qualquer momento ou sem pré-aviso todas as mensagens e ficheiros existentes nos computadores dos trabalhadores, assim como disponibilizar textos e imagens a terceiros sem o consentimento destes, não podia ser aceite sendo, inclusive susceptível de violar preceitos constitucionais, tal como o fim de obter provas para o procedimento disciplinar, o empregador está constitucionalmente adstrito a não praticar a devassa dos meios informáticos sem prévia comunicação e autorização do trabalhador.”

regulamento interno⁷³ ou através do uso de bloqueadores do acesso a determinadas páginas ou conteúdos⁷⁴.

Secundando Júlio GOMES, “o empregador tem, em princípio, a opção de autorizar, ou não, a utilização dos meios informáticos para fins privados, pelos seus trabalhadores”⁷⁵ Postas deste modo as coisas, ficará, depois, ao critério do trabalhador cumprir ou violar as regras incorrendo na prática de uma infracção disciplinar.

É claro que esta regra geral deve ser adaptada a situações particulares, como a utilização de computador pessoal na empresa ou o teletrabalho⁷⁶.

Assim, não nos parece que a entidade patronal possa impedir o trabalhador de aceder a *sites* a partir de um computador pessoal que leve para o trabalho ou até de um telefone com acesso à *Internet* paga pelo próprio trabalhador.

⁷³ A Comissão Nacional de Protecção de Dados, quanto a este ponto, preconiza que “a entidade empregadora deve, aquando da elaboração e divulgação do Regulamento Interno, assegurar-se que os trabalhadores estão claramente informados e conscientes dos limites estabelecidos em relação à utilização de Internet para fins privados e que conhecem as formas de controlo que podem ser adotadas.

Entende-se ser de admitir um certo grau de tolerância em relação ao acesso a Internet para fins privados, nomeadamente se este ocorrer fora do horário de trabalho”. (Cfr. Deliberação da CNPD n.º 1638/2013, de 16 de Julho, disponível, em 30-12-2013 em http://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/Delib_controlo_comunic.pdf)

⁷⁴ Esta é, também, a solução defendida pela Comissão Nacional de Protecção de Dados, na página 21 da Deliberação n.º 1638/2013, aprovada em 16 de Julho, onde expressamente refere que: “A actuação da empresa deve centrar-se numa filosofia preventiva, dando-se preferência à criação de um sistema de filtros que impossibilite, a partida, a visita e a navegação de websites eventualmente não autorizados pelo empregador.

Qualquer decisão sobre a realização de controlo deve ser criteriosa e pautar-se pelo princípio da proporcionalidade, garantindo-se que a lesão a causar a privacidade e a autonomia dos empregados não seja superior aos benefícios que a entidade empregadora pretende obter.

Na definição das regras de utilização dos meios de comunicação, a entidade empregadora pode delimitar os períodos em que autoriza a utilização da Internet através dos meios da empresa. Essas regras devem tomar em consideração os casos em que há trabalho por turnos, adaptando a regulação da utilização aos tempos de trabalho dos funcionários.

A entidade empregadora não deve fazer um controlo permanente e sistemático do acesso a Internet o controlo dos acessos a Internet - a ser decidido - deve ser feito de modo global devidamente parametrizado, a fim de poder detetar eventuais desvios ou abusos a norma estabelecida.

Desde logo, a realização de estudos estatísticos pode ser suficiente para a entidade empregadora se aperceber do grau de utilização da Internet no local de trabalho e em que medida o acesso compromete a dedicação as tarefas profissionais ou a produtividade.

Admite-se, no entanto, que seja feito um tratamento estatístico dos sítios mais consultados na empresa, sem identificação dos postos de trabalho, para que possam ser aplicados os filtros que se tenham por convenientes.”

⁷⁵ Cfr. Júlio GOMES, *ob. cit.* pág. 371

⁷⁶ Sobre as questões da privacidade suscitadas no particular caso do teletrabalho *vide* Glória REBELO – *Teletrabalho e Privacidade – Contributos e Desafios para o Direito do Trabalho*, 1.ª Edição, Editora RH, Lisboa, 2004

Seria excessivo permitir à entidade patronal um tal controle sobre as acções do trabalhador, ainda que os acessos sejam feitos durante o período de trabalho.

Na verdade, a possibilidade de proibição geral de acesso a redes sociais e ausência do correspondente direito do trabalhador apoia-se não apenas no facto de o acesso ser efectuado num tempo em que o trabalhador tem de estar disponível para o trabalho, mas também, e sobretudo, no facto de se tratar de uma utilização de instrumentos de trabalho do empregador, cabendo a este fixar os termos em que essa utilização pode ter lugar. Se o computador não pertence ao empregador, este já não tem esse poder.

Ainda assim, poderá sancionar o trabalhador por falta de diligência se, durante o horário de trabalho, este, em vez de realizar as suas funções, navega serenamente pelas redes sociais, ainda que o faça com o seu computador pessoal.

Por outro lado, a nova realidade das empresas torna difícil distinguir, por vezes, o uso pessoal do uso profissional da *Internet*, em geral, e do *e mail*, em particular⁷⁷. Quando se permite que o trabalhador aceda a partir do exterior à sua conta da empresa, por exemplo, podendo continuar a trabalhar remotamente, torna-se natural que este faça dessa mesma conta um uso pessoal.

Questão diversa, que não abordaremos aqui, é a de saber se o empregador tem o direito de controlar o conteúdo do correio electrónico dos trabalhadores e a navegação que estes fizeram na *Internet*, e sobre a qual a doutrina não é unânime⁷⁸.

O controlo da utilização para fins privados das tecnologias de informação e comunicação no âmbito laboral consubstancia o tratamento de dados pessoais, submetendo-se, por essa razão, à Lei de Protecção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro),

⁷⁷ Júlio GOMES, *ob. cit.* página 370: “Para além da dificuldade em distinguir, por vezes, neste contexto, o profissional do pessoal, importa reconhecer que uma utilização pontual do correio electrónico, para fins meramente pessoais, pode ser socialmente adequada, impondo-se aqui uma certa margem de tolerância.”

⁷⁸ Sobre este assunto, Teresa MOREIRA, *Da Esfera Privada do Trabalhador e o Controlo do Empregador*, in Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica* 78, Coimbra Editora págs. 292-322.

V. igualmente, Júlio GOMES, *ob. cit.* págs., 371-384; Cfr., por fim, a Deliberação n.º 1638/2013, de 16 de Julho, da Comissão Nacional de Protecção de Dados, aplicável aos tratamentos de dados pessoais decorrentes do controlo da utilização para fins privados das tecnologias de informação e comunicação no contexto laboral, disponível, em http://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/Delib_controlo_comunic.pdf, último acesso em 30-12-2013 segundo a qual, “no que diz respeito ao controlo da utilização para fins privados das tecnologias de informação e comunicação no contexto laboral, há que encontrar a justa composição entre o direito à privacidade dos trabalhadores e a liberdade de gestão e organização”

cuja alínea b) do n.º 1 do artigo 5.º, prevê que a recolha de dados tem que visar fins concretos e legítimos, tais como o controlo da produtividade dos trabalhadores e a gestão dos meios da empresa, não podendo os dados ser tratados para alcançar objectivos incompatíveis com as finalidades que justificaram a recolha, que deve ser feita com base no princípio da proporcionalidade (alínea c)⁷⁹.

A solução para este problema passará pelo recurso aos princípios da proporcionalidade, da boa-fé e da transparência das medidas de controlo concretizadas pelo

⁷⁹ Mais uma vez, na nossa perspectiva, a Comissão Nacional de Protecção de Dados teve uma visão que consideramos um pouco proteccionista na interpretação desta matéria, ao ter deliberado que “os dados a tratar e os meios utilizados devem ser ajustados a organização da empresa, ao desenvolvimento da atividade produtiva e ser compatíveis com os direitos e obrigações dos trabalhadores consignados na legislação do trabalho; correspondendo a um “interesse empresarial serio” que, através do exercício dos poderes de direção e esperando a subordinação do trabalhador, tal tratamento não se revele abusivo e desproporcionado em relação à proteção da esfera privada do trabalhador.

Assim, a entidade empregadora deve privilegiar metodologias genéricas de controlo, afastando, sempre que possível, a consulta individualizada de dados pessoais. Uma adequada parametrização aplicada ao universo global dos trabalhadores (v.g., quantidade, custo e duração de chamadas telefónicas, numero de mensagens enviadas e tipo de ficheiros em anexo, tempo gasto em consultas na *Internet* e suficiente para satisfazer os objetivos do controlo, permitindo detetar eventuais utilizações abusivas.

Por outro lado, sublinha-se que a entidade empregadora tem a possibilidade de aceder aos dados de tráfego associados as comunicações realizadas pelos trabalhadores, na medida em que detém, na generalidade das situações, o seu registo. Ora, os dados de tráfego são dados igualmente abrangidos pelo sigilo das comunicações, pelo que os controlos individualizados não devem ocorrer.

Com efeito, neste contexto, impõe-se proteger em particular aqueles dados de tráfego que são reveladores de aspetos da vida privada do trabalhador, como sejam o número de telefone chamado, o endereço de correio eletrónico do destinatário ou a identificação do sítio da *Internet* visitado.

A este propósito, alerta-se para o facto de a extração de listagens de comunicações, mesmo que remetidas ao trabalhador para seu suposto controlo pessoal, configurar um tratamento de dados não consentâneo com os princípios da necessidade e da adequação, não devendo por isso realizar-se.

Nessa medida, considera-se que os intuitos do controlo serão alcançados com a adoção de mecanismos técnicos que possibilitem apenas o tratamento de alguns dados, tais como a hora e duração da comunicação, que dissociados da informação acima referida, não apresentam risco para a privacidade do trabalhador, enquanto permitem descobrir algum desvio as normas estabelecidas para a utilização dos meios da entidade empregadora.

Na verdade, o acesso sistemático ao registo das comunicações eletrónicas seria claramente desproporcional relativamente a finalidade que se pretende atingir além de violador da dignidade do trabalhador. A este propósito salienta ainda a OIT que este acesso pode, de igual modo, não se revelar eficaz e necessariamente produtivo, pelo “clima de angustia e tensão” que todos estes métodos podem criar no seio da empresa.

Em conformidade com o artigo 5.º, n.º1, alínea e) da LPD, os dados pessoais tratados devem ser conservados apenas pelo período de tempo necessário a prossecução das finalidades do tratamento. A sensibilidade dos dados em causa compele a adoção de garantias reforçadas que minimizem efetivamente os riscos para a privacidade dos trabalhadores, pelo que o seu prazo de conservação deve ser o mais curto possível.

Assim sendo, considera a CNPD que os dados pessoais tratados no âmbito do controlo da utilização, para fins privados, dos meios de informação e comunicação no contexto laboral podem ser conservados pelo prazo máximo de 6 meses, sem prejuízo da sua manutenção no decurso de processo disciplinar ou judicial.” (Deliberação n.º 1638/2013, de 16 de Julho, Aplicável aos tratamentos de dados pessoais decorrentes do controlo da utilização para fins privados das tecnologias de informação e comunicação no contexto laboral, disponível, em http://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/Delib_controlo_comunic.pdf, último acesso em 30-12-2013).

empregador⁸⁰. Princípios estes que, acrescentaríamos nós, devem ser extensíveis a ambas as partes.

A verdade, contudo, é que a Comissão Nacional de Protecção de Dados, na sua Deliberação n.º 1638/2013, ao considerar que a identificação do sítio da *Internet* visitado constitui um dado protegido e vedado ao empregador, limita muito a eficácia do seu controle *a posteriori*.

Estamos em crer que, em termos práticos, a consequência deste entendimento⁸¹ será o exercício de um controle preventivo pela entidade patronal bloqueando o acesso pelo trabalhador a uma série de conteúdos, especialmente a redes sociais.

6. Violação de deveres do trabalhador pelo uso de redes sociais durante o período de trabalho?

Assente a faculdade de o empregador proibir o acesso a redes sociais a partir do computador da empresa, durante o horário de trabalho, atentemos nas possíveis consequências jurídicas desse acesso feito pelo trabalhador, no que concerne à eventual violação dos seus deveres.

A solução dependerá de vigorar, ou não, na empresa, uma proibição geral de uso das redes sociais.

⁸⁰ Teresa MOREIRA, *A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação: contributo para um estudo dos limites* cit. analisa, nas páginas 380 a 398, a proporcionalidade, a boa-fé e o conhecimento prévio por parte dos trabalhadores como condições de exercício do poder de controlo do empregador.. Para a Autora, o princípio da proporcionalidade, “*também denominado de princípio da proibição do excesso (...) é, assim, o princípio dos princípios, actuando como o ordenador do direito, proporcionando uma solução de compromisso pela qual se dá prioridade a um dos princípios em conflito, mais ajustado ao caso concreto, sem, porém, anular o outro princípio que será afectado no mínimo possível, respeitando sempre o núcleo essencial do direito em causa porque esse é o limite que terá de ser observado já que se acolhe aí o princípio da dignidade da pessoa humana.*” (Cfr. páginas 381 e 382)

⁸¹ Entendimento este que nos parece excessivo nos casos em que se cumpram dois pressupostos: a entidade patronal ter expressamente proibido o acesso a redes sociais pelos trabalhadores; a entidade patronal ter informado os trabalhadores que tinha acesso a informação sobre os sítios das redes sociais visitados pelos trabalhadores.

Estando o trabalhador obrigado, nos termos do disposto no artigo 128.º, n.º 1, alínea e) do Código do Trabalho, a “cumprir as ordens e instruções do empregador respeitantes à execução ou disciplina do trabalho”, incorrerá em violação deste dever se aceder às redes sociais, incumprindo a ordem do empregador.

Caso não exista qualquer ordem do empregador que proíba o acesso às redes sociais, não se coloca sequer a questão da violação do dever de obediência.

Poder-se-á, porém, colocar a questão da violação do dever de diligência previsto no artigo 128.º, n.º 1, alínea c), no caso de o trabalhador passar o seu tempo de trabalho a navegar nas redes sociais.

Ora, tratando-se o dever de diligência de um dever inerente ao dever principal do trabalhador, de prestação de trabalho⁸² tornando-se esta praticamente impossível sem o mínimo de diligência, parece-nos claro que um trabalhador que durante o tempo de trabalho não trabalha, antes gasta o seu tempo em redes sociais, incumpe o seu dever de diligência. Neste caso, o trabalhador incumpe a sua prestação principal.

A questão não será tanto a de saber se há violação do dever de diligência mas antes (tentar) definir em que casos é que tal violação tem lugar.

Não sendo este o tema do presente trabalho, limitar-nos-emos a enunciar alguns critérios para identificação da violação do dever de diligência.

Antes de mais, relevará essencialmente o tempo de trabalho que o trabalhador dedica à actividade de acesso às redes sociais. Parece-nos evidente que acessos de escassos minutos não devem ser relevantes sendo igualmente óbvio que muito tempo de acesso e actividade nas redes sociais (como por exemplo metade do período diário de trabalho) constitui uma violação do dever de diligência.

Além do critério quantitativo, deve seguir-se um critério qualitativo, tendo em conta as particulares circunstâncias em que ocorre o acesso às redes: pense-se, como exemplo, no caso em que uma médica obstetra se atrasa alguns minutos para chegar à sala de partos,

⁸² MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 12.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2004, página 227, refere-se ao dever de obediência e de diligência como “modalidades” do dever da prestação principal, que estão “dentro dela”.

porque se encontrava a colocar comentários no *Facebook*, quando a sua presença era essencial na iminência do parto.

Este exemplo mostra que, se na maioria dos casos o acesso às redes sociais por uns poucos minutos não merece grande censura, outros haverá em que o dispêndio de tempo de trabalho nessa actividade poderá ser determinante..

Um outro critério a considerar é o reflexo que o tempo dispendido nas redes sociais tem na produtividade alcançada pelo trabalhador - pense-se no empregado de um estabelecimento comercial que quase não recebe clientes, durante o mês de Agosto.

Igualmente, o tipo de actividade em causa também relevará, sendo diferente o acesso a redes sociais por um trabalhador na área da comunicação social ou por um operador de produção. Há determinadas tarefas que exigem uma precisão e um controlo tal que seriam seriamente comprometidas com a distração, causada pela navegação nas redes sociais, de um trabalhador ao qual coubesse tarefas desse tipo.

Em suma, diremos que não se pode definir um critério único para todas as situações, no que diz respeito à avaliação da existência de violação do dever de diligência pelo trabalhador.

7. Possibilidade de utilização de dados pessoais constantes de redes sociais na selecção de candidato a emprego?

a) A prática de utilização de dados pessoais constantes das redes, na contratação de novos trabalhadores

Na fase pré-contratual é frequente as empresas utilizarem as redes sociais para obterem uma série de informações úteis ao processo de selecção e escolha do candidato a emprego.

Fazem-no, desde logo, para avaliar o perfil do trabalhador que procuram.

Por outro lado, as redes sociais são utilizadas como um meio de os empregadores identificarem e recrutarem directamente talentos.

Por fim, quando têm em vista um concreto candidato a emprego, é frequente os empregadores recorrerem ao *Facebook*, ao *Google*, ou a outros motores de busca para obter informações adicionais⁸³.

Vários estudos na área dos recursos humanos concluíram que as redes sociais funcionam, actualmente, como um dos principais meios de recrutamento⁸⁴ e que, em alguns casos, aspectos negativos nas redes sociais podem ser suficientes para desclassificar um candidato no processo de selecção⁸⁵.

Também as empresas especializadas em recrutamento se socorrem das páginas das redes sociais de cariz profissional dos candidatos para saber os cargos e as empresas nas quais trabalharam e nas redes de uso “social” é possível, em alguns casos, verificar aspectos pessoais como amigos, locais visitados, relações familiares, fotografias, comentários de amigos, etc.

⁸³ Cfr. Regina REDINHA, *Redes Sociais cit.*, páginas 36 e 37: “através de perfis e comentários abertos ou mesmo relativamente abertos divulgam-se hábitos de vida, convicções, afirmações ou até mesmo simples fotografias susceptíveis de desencadear opções de recrutamento fundadas em factores discriminatórios. Já não é preciso perguntar aquilo que não se pode ou não se deve perguntar, pois em muitos casos a resposta às questões inconvenientes está dada antes mesmo de a pergunta ser formulada”.

⁸⁴ http://groups.ist.utl.pt/unidades/tt/files/M%C3%B3dulo-2_Estrat%C3%A9gias-e-Abordagens-ao-Mercado-de-Trabalho.pdf Acesso em 24-09-2013

⁸⁵ Segundo uma pesquisa de uma empresa de recrutamento americana, “a tendência de recrutar utilizando as redes sociais é forte nos Estados Unidos. Um em cada cinco recrutadores que usam as redes para encontrar talentos acessa o perfil do candidato ao contratar”, A mesma empresa, que ouviu mais de 800 recrutadores norte-americanos, revela outras informações em relação ao uso das redes sociais para recrutamento. Assim, segundo o estudo, 89% dos empregadores diz que usará as redes sociais para recrutar este ano, 64% utiliza duas ou mais redes para seleccionar candidatos, 65% afirma que obteve sucesso ao contratar por meio das redes e 56% disse que acedeu ao perfil de potenciais candidatos no ambiente on-line.

Em relação ao tipo de plataforma digital utilizada para encontrar talentos, 45% usa o *Twitter*, 80% *LinkedIn* e 50% *Facebook*. Ainda de acordo com a *Jobvite*, em 2010, 92% dos recrutadores tinham perfil nas redes sociais: 86% no *LinkedIn*, 60% no *Facebook* e 50% no *Twitter*. Mais: 55% diz que planeia investir mais no recrutamento por meio das redes sociais este ano e 86% recomenda que os profissionais crie vínculos nas redes com potenciais empregadores. Informação disponível em <http://carreiras.empregos.com.br/carreira/administracao/noticias/redes-sociais-para-recrutar.shtm> último acesso em 11-01-2014.

Segundo especialistas nessa área, actualmente é quase mais fácil ficar a conhecer a opinião de algumas pessoas relativamente a determinados assuntos vendo o seu perfil na *Internet* durante uns minutos do que entrevistando-a durante umas horas.⁸⁶

Perante esta prática, é muito pertinente questionar se afinal os empregadores podem utilizar e relevar dados constantes das redes sociais no processo de selecção de candidatos a emprego.

Note-se que a questão também revestirá inegável interesse prático, em outros momentos de execução do contrato, nomeadamente, quanto à possibilidade de utilização de fotos publicadas no *Facebook*, como elemento de prova de “*falsas declarações relativas à justificação de faltas*”⁸⁷.

Embora a solução que propomos *infra* também seja aplicável, em termos gerais, a esta última situação, vamos concentrar-nos na possibilidade de o empregador utilizar dados constantes das redes sociais, no processo de selecção de candidatos a emprego.

Para dar um exemplo: pode uma empresa preterir um candidato a emprego por ter visto no respectivo perfil no *Facebook* afirmações de simpatia por partidos de extrema direita?

⁸⁶ Opinião do Director de RH do Grupo PSA Peugeot Citroen, informação disponível em: <http://www.canalvg.com.br/index.php/canalvg/descricao/geral/47/Um+funcion%C3%A1rio+pode+ser+demitido+pelo+que+escreve+nas+redes+sociais.html> Último acesso em 15-01-2014.

⁸⁷ Na Alemanha, Ebba HERFS-RÖTTGEN, *Arbeitsrechtliche Aspekte zu Social Media*, in Nicolai BESGEN/Thomas PRINZ (orgs.) *Internet.Arbeitsrecht, Rechtssicherheit bei Nutzung, Überwachung und Datenschutz*, 3ª ed., Berlin, 2013, pág. 373 dão-nos conta do seguinte caso, em que um trabalhador colocou uma publicação no *Facebook* com o seguinte teor: “*Para o médico e depois fazer as malas*”.

O trabalhador apresentou uma declaração médica para justificar as suas faltas, mas posteriormente, publicou no *Facebook* uma série de fotos das suas férias em Maiorca, tendo a entidade patronal procedido ao seu despedimento. O caso foi levado ao Tribunal de *Dusseldorf*, mas acabou por ser resolvido por acordo das partes. Também em Portugal, teria o maior interesse saber se a entidade patronal poderia utilizar os dados publicados para efeitos disciplinares, tendo em conta que “*a apresentação ao empregador de declaração médica com intuito fraudulento constitui falsa declaração para efeitos de justa causa de despedimento.*” (art. 254º, nº 4).

b) Protecção de dados pessoais de candidato a emprego nas redes sociais

Foi com o objectivo de concretizar a protecção dos direitos de personalidade do trabalhador que o legislador consagrou, no Código do Trabalho, disposições que visam assegurar essa protecção na área laboral⁸⁸, seguindo o exemplo de outros ordenamentos jurídicos⁸⁹, nomeadamente com a consagração dos direitos à reserva da intimidade da vida privada (artigo 16.º do Código do Trabalho) e à protecção de dados pessoais (artigo 17.º do Código do Trabalho).

Certo tipo de dados pessoais do candidato a emprego ou do trabalhador merecem especial protecção, consagrada no artigo 17.º do Código do Trabalho que proíbe expressamente o empregador de *exigir* informações sobre eles. É o caso de dados relativos à vida pessoal, à saúde⁹⁰ ou ao estado de gravidez, excepto quando essas informações de cariz pessoal sejam relevantes para avaliar a aptidão do trabalhador ou quando as informações a respeito da saúde ou estado de gravidez relevem para a função ou para o tipo de actividade a desempenhar⁹¹. Ainda assim, nestes casos, a lei estabelece requisitos específicos⁹² para revelar tais informações⁹³.

⁸⁸ Sobre a matéria dos direitos de personalidade do trabalhador, v. a fundamental obra de José João ABRANTES *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2005.

⁸⁹ Segundo Luís GONÇALVES DA SILVA, *Estudos de Direito do Trabalho (Código do Trabalho)*, Vol. I, 2.ª Edição, 2008, Almedina, págs. 40 e ss., o legislador ter-se-á inspirado no artigo 8.º do Estatuto dos Trabalhadores italiano (*Statuti dei Lavoratori*) ou nos artigos L. 121.º, n.ºs 6 e 7, do Código do Trabalho francês, e 328.º do Código das Obrigações Suíço, de onde resulta uma obrigação de respeitar a privacidade do trabalhador, sendo vedado ao empregador colocar-lhe questões que não relevem para o trabalho.

⁹⁰ Para Paulo MOTA PINTO, in “*A protecção da vida privada e a Constituição*”, comunicação apresentada na XVI Table Ronde International, Aix-en-Provence, 15-16 de Setembro de 2000, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, vol. 76 (2000), pp. 153-204 (tradução da versão francesa “*Constitution et secret de la vie privée*”, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol.16, 2000, pp. 321-351), “*os elementos respeitantes à saúde, tais como por exemplo a história clínica da pessoa, integram também, sem dúvida, a vida privada protegida*”. A este propósito, o autor cita o Acórdão n.º 355/97 do Tribunal Constitucional em que, embora para chegar a uma conclusão de inconstitucionalidade orgânica (numa situação em que estava em causa a regulamentação de uma matéria relativa aos “direitos, liberdades e garantias” que estava reservada à Assembleia da República), o Tribunal afirmou que “*o tratamento automatizado de dados relativos a doenças oncológicas integra-se na esfera de privacidade dos doentes, interferindo, nessa medida, na definição do conteúdo de vida privada, matéria respeitante a direitos, liberdades e garantias. Está-se perante um específico campo de saúde, particularmente sensível (...)*”.

⁹¹ A este propósito, Paulo MOTA PINTO (*cit.*) refere que, no particular caso de informação a respeito da saúde, nem sequer é preciso que se trate de “*elementos respeitantes a estados patológicos, incluindo também, por*

Além de proibir o empregador de exigir dados relativos à vida privada do trabalhador (art. 17º, nº 1), o legislador laboral prescreve o direito do candidato a emprego que haja fornecido informações de índole pessoal, “*ao controlo dos respectivos dados pessoais, podendo tomar conhecimento do seu teor e dos fins a que se destinam*” (art. 17º, nº 3), dispondo ainda, com grande relevância para o tema que tratamos, que “*Os ficheiros e acessos informáticos utilizados pelo empregador para tratamento de dados pessoais do candidato a emprego ou trabalhador ficam sujeitos à legislação em vigor relativa à protecção de dados pessoais*” (art. 17º, nº 4).

De onde resulta clara a preocupação do legislador em consagrar expressamente a salvaguarda de dados pessoais e de informações do foro privado dos candidatos a emprego, aplicando-se ao contrato de trabalho as disposições do regime jurídico sobre protecção de dados pessoais (Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro)⁹⁴: como é óbvio, estando em causa restrições a direitos fundamentais, os princípios da necessidade e da proporcionalidade deverão pautar esta matéria^{95/96}

exemplo, o tipo de sangue e informações sobre outras características ou atributos pessoais, tais como uma deformação física, qualidades artísticas, etc. (no Acórdão n.º 616/98, o TC considerou que a imposição de realização de testes hematológicos numa acção de estabelecimento da paternidade constituiria uma violação do direito à integridade pessoal, mas aceitou que o Tribunal pudesse valorar livremente a recusa de submissão, enquanto recusa pelo demandado de colaboração para a descoberta da verdade)”.

⁹² O Artigo 17.º do Código do Trabalho estabelece que a informação que o trabalhador tenha que prestar sobre a sua vida privada, por esta ser necessária para avaliar a aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho tem de ser feito por escrito (n.º 1, alínea a)). Por outro lado, no que se refere a informações sobre a saúde ou o estado de gravidez cuja exigência seja justificada pela natureza da actividade profissional, carece de fundamentação escrita (n.º 1, al. b)). Além de que estas informações são prestadas ao médico, que apenas comunicará ao empregador se o trabalhador está apto ou não a desempenhar a actividade (n.º 2).

⁹³ Como bem observa Luís GONÇALVES DA SILVA, *ob. cit.* págs. 40 e segs. “*o legislador assegurou, deste modo, um eficaz controlo do pedido do empregador, uma vez que ao exigir que este seja feito e fundamentado por escrito facilitou o recurso à via judicial, face à obrigatoriedade de existência de documento escrito*”. No caso concreto em que a lei exige que o pedido de informação e a sua fundamentação seja escrita, permite a possibilidade de controlo por parte de um tribunal que será o “garante da legalidade”.

⁹⁴ Lei que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Directiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

⁹⁵ Cfr. Amadeu GUERRA, *A privacidade no local de trabalho. As novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados. Uma abordagem ao Código do Trabalho*. Almedina, Coimbra, 2004, página 147: “A legitimidade para tratar dados sensíveis carece (...) de autorização da CNPD (cfr. artigo 28.º n.º 1 al. a) da Lei n.º 67/98) Para que a entidade empregadora recolha esses dados deve obter, necessariamente, uma autorização da CNPD. No pedido à CNPD a entidade responsável deve apresentar – à semelhança do que acontece para o trabalhador – os fundamentos justificativos da solicitação daqueles dados pessoais. A adequação e a pertinência avalia-se em função da finalidade (contratação) e do cargo a prover, aferindo-se a aptidão em função de determinadas características ou “perfil” do candidato. A falta de justificação ou uma insuficiente fundamentação levará, necessariamente, a uma proibição do tratamento de

Dir-se-á, numa primeira abordagem, que à luz do artigo 17º, nº 1, do Código do Trabalho⁹⁷, os dados constantes da (s) rede (s) podem ser utilizados pela entidade patronal para selecção dos candidatos a emprego, ou até para recolha de informações prévias à contratação, desde que os mesmos estejam acessíveis ao público em geral.

Na verdade, a disponibilização de dados da vida pessoal do trabalhador nas redes sociais escapa, em nosso entender, à hipótese do artigo 17.º, já que não se trata de “*exigir*” do candidato a emprego ou a trabalhador quaisquer informações. Ao invés, estão em causa informações publicamente “oferecidas” pelos mesmos⁹⁸.

Dir-se-ia, pois – numa primeira análise e apenas à luz do art. 17º –, que, apesar dos limites, requisitos e condicionantes impostos pela lei à possibilidade de o empregador exigir informações pessoais ao trabalhador, a questão revestirá outros contornos no caso em que o candidato a emprego coloque informações pessoais nas redes sociais que são acessíveis a qualquer pessoa em geral, e a um (potencial) empregador, em especial. Neste caso em que o empregador acede licitamente a este tipo de informações tornadas públicas pelo candidato a emprego, por sua livre iniciativa nas “redes sociais” ou em outras páginas da *Internet*, estes dados não estarão salvaguardados na medida em que foram voluntariamente tornados públicos pelo candidato a emprego.

No entanto, a verdade é que não basta a análise da questão do artigo 17º. A possibilidade de o empregador usar dados pessoais que o trabalhador colocou nas redes

dados por parte da CNPD. Daí que seja desejável que os trabalhadores ou os seus representantes contactem a CNPD a fim de ser feita a necessária verificação”

⁹⁶ O artigo 2.º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, consagra os princípios essenciais em matéria de protecção de dados, estabelecendo que o tratamento de dados se deve processar «*de forma transparente e no estrito respeito pela reserva da vida privada, bem como pelos direitos, liberdades e garantias*».

⁹⁷ Que consagra a protecção de dados privados e pessoais de candidato a emprego ou trabalhador, impedindo o empregador de lhe exigir informações a respeito da sua vida íntima e da sua saúde que não sejam justificáveis para a execução do contrato de trabalho.

⁹⁸ E aqui teremos que discordar com a interpretação que Regina REDINHA faz deste artigo no *Working Paper* relativo aos Direitos de Personalidade no Código do Trabalho, da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, publicado em www.cije.up.pt/download-file/198, página 4: “*Quanto ao âmbito material de aplicação (do artigo 17.º), verifica-se que a tutela se estende da protecção de dados, em sentido estrito, à recolha de informação. É irrelevante o método ou o processo de recolha das informações ou o tratamento dispensado aos dados. O princípio acolhido nesta disposição é o da proibição de recolha pelo empregador ou potencial empregador de informações ou dados relativos à vida privada ou à saúde ou estado de gravidez – primeira parte dos nºs 1 e 2, respectivamente. O trabalhador ou o candidato a emprego vêm por força deste princípio salvaguardada uma zona de reserva que o empregador não pode transpor*”.

também tem de ser analisada à luz do regime jurídico da protecção de dados pessoais (Lei nº 67/98, de 26 de Outubro).

De facto, a Lei nº 67/98 qualifica como dado pessoal “qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável” (artigo 3º, alínea a), dispondo ainda que a simples “utilização” consubstancia um “tratamento de dados pessoais” (artigo 3º, alínea b). Fica, assim, claro que a utilização da informação que um candidato a emprego disponibilize nas redes sociais constitui um tratamento de dados pessoais sujeito ao regime de protecção da Lei nº 67/98.

Assume aqui particular relevo o artigo 6º desta Lei, que prevê as “condições de legitimidade do tratamento de dados”, isto é, as hipóteses em que a entidade patronal pode legitimamente utilizar dados que o trabalhador disponibiliza nas redes, nos seguintes termos:

“O tratamento de dados pessoais só pode ser efectuado se o seu titular tiver dado de forma inequívoca o seu consentimento ou se o tratamento for necessário para:

a) Execução de contrato ou contratos em que o titular dos dados seja parte ou de diligências prévias à formação do contrato ou declaração da vontade negocial efectuadas a seu pedido;

e) Prossecução de interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou de terceiro a quem os dados sejam comunicados, desde que não devam prevalecer os interesses ou os direitos, liberdades e garantias do titular dos dados.”

Assumindo, desde já, que a publicitação de dados nas redes não constitui um consentimento inequívoco quanto à respectiva utilização por uma qualquer entidade patronal, restam dois critérios para aferir a licitude dessa utilização: a necessidade de utilização dos dados nas “diligências prévias à formação do contrato” (art. 6º, alínea a)⁹⁹; a prevalência dos interesses da entidade patronal em usar esses dados na selecção do

⁹⁹ Ou na própria “execução de contrato”, como no exemplo *supra*, relativo a publicações no Facebook reveladoras de falsas declarações relativas a justificação de faltas.

trabalhador face aos interesses do trabalhador em manter protegida a informação disponibilizada (art. 6º, alínea e).

Passaremos a ver que estes dois critérios assumem relevância distinta, consoante os dados são disponibilizados livremente, sem qualquer restrição de acesso, ou em redes com acesso restrito.

c) Proposta de solução

No que respeita aos dados que estão livremente disponíveis na *Internet*, ao alcance de um “clique” do empregador no famoso motor de busca “*Google*”, sem qualquer restrição de acesso (v.g. uma “chave de acesso”), parece-nos que os mesmos poderão ser livremente utilizados pelo empregador¹⁰⁰.

Na verdade, foi o próprio trabalhador que disponibilizou esses dados ao público em geral, limitando voluntariamente a sua auto-determinação informativa e os correspondentes interesses na privacidade e não utilização daqueles dados.

Assim, em relação à utilização de dados que estão livremente disponíveis ao público em geral, poderá afirmar-se que estamos perante a “*Prosecução de interesses legítimos*” da entidade patronal no processo de selecção do trabalhador, sobre os quais “*não devam prevalecer os interesses ou os direitos, liberdades e garantias*” do candidato a emprego. (artigo 6º, alínea e), da Lei nº 67/98).

Ponto é que o empregador aceda às informações de uma forma lícita, porque as mesmas estão disponíveis ao público em geral, não podendo usar informações obtidas ilicitamente, por exemplo através de acesso abusivo ao perfil do *Facebook* do trabalhador em causa.

¹⁰⁰ Neste sentido, Regina REDINHA - *Redes Sociais: Incidência Laboral (Primeira aproximação)* in Centro de Estudos Judiciários - Prontuário de Direito do Trabalho, Setembro - Dezembro 2010, página 37, refere que “o direito à protecção de dados não proíbe ao empregador a sua recolha em fonte de livre acesso, sobretudo se esses dados tiverem sido disponibilizados pelo titular do direito à protecção, até porque neste caso se pode configurar o consentimento do trabalhador para a sua captação e utilização pública”.

Se o empregador proceder a uma recolha oculta e ilícita de dados relativos ao trabalhador poderá mesmo incorrer na prática do crime previsto no artigo 194.º Código Penal que compreende qualquer intrusão nas comunicações, sejam elas telefónicas, electrónicas ou outras (v. g., *Facebook*, *Twitter*, salas de conversação - *chats* - entre outras).¹⁰¹

De facto, há que ter presente que as informações que um trabalhador disponibiliza livremente *online* ficam acessíveis – ainda que, por vezes, de forma involuntária¹⁰² – a um número indeterminado de pessoas, sendo incoerente com essa disponibilização a defesa de restrições¹⁰³ à utilização dessas informações por este ou aquele empregador. Ou seja, o carácter “privado” e protegido que determinadas informações possam ter, é perdido a partir do momento em que estas sejam reveladas livremente em redes sociais, na *Internet*, perdendo o trabalhador o direito à auto-determinação informacional sobre esses dados que disponibiliza livremente e sem quaisquer restrições de acesso, nas redes sociais.

Parece-nos igualmente inquestionável a possibilidade de, na selecção do candidato a emprego, os empregadores utilizarem os dados colocados nas redes de uso profissional (no “*Linkedin*”, por exemplo) as quais servem para o utilizador apresentar a sua experiência, interesses e gostos de carácter eminentemente profissional, tendo como finalidade principal a “auto promoção” ou mesmo divulgação dessas informações para eventuais interessados – as potenciais entidades patronais. Tem aqui lugar a velha máxima “*ubi commodum, ibi incommodum*”.

Não faria sentido que o trabalhador que colhe os benefícios da sua divulgação profissional nas redes sociais de uso profissional, viesse alegar que a entidade patronal não o poderia ter preterido em concurso para emprego, com base em informações constantes

¹⁰¹ Também no que se refere às provas no âmbito do processo penal, reguladas pelo artigo 189.º do respectivo Código, a sua obtenção só pode ser ordenada ou autorizada por despacho do juiz, apenas para certos tipos de crime e apenas em relação a certas pessoas, sendo este regime aplicável também às comunicações telefónicas, às comunicações electrónicas ou de qualquer outra natureza.

¹⁰² Regina REDINHA - *Redes Sociais: Incidência Laboral (Primeira aproximação)* in Centro de Estudos Judiciários - *Prontuário de Direito do Trabalho*, Setembro - Dezembro 2010, página 38, alerta para o facto de muitas empresas terem “grupos de seguidores” e perfis criados nas redes sociais e, os utilizadores incautos (neste caso, os candidatos a emprego), ao aceitar a conexão com estes perfis, “abrem as portas das suas páginas pessoais aos seus mais atentos examinadores: os “amigos” virtuais, revelam-se, na prática, frequentemente, os “inimigos” reais.

¹⁰³ Excepto, nos casos, em que o trabalhador prove que a publicação de dados ocorreu involuntariamente.

dessas mesmas redes, porque se trata de dados pessoais e privados, vedados ao empregador. Também aqui prevalecem os interesses da entidade patronal em recolher uma informação adequada relativamente ao candidato a emprego (com base em dados que este próprio colocou numa rede para fins profissionais) sobre os interesses deste em proteger os seus dados.

Bem mais difícil é a resposta à questão da possibilidade de utilização de informações colocadas nas outras redes de cariz pessoal – tipo *Facebook* – mais utilizadas para convívio social e de lazer e onde o utilizador, por vezes, não tem consciência dos “perigos” em que incorre ao revelar fotografias, informações e outros dados que pretende manter “privados”¹⁰⁴.

Tendo em conta o cariz pessoal das redes, parece-nos evidente que, em relação aos dados aí disponibilizados, o interesse de auto-determinação informativa do trabalhador deve prevalecer sobre o interesse da entidade patronal em recolher informações sobre o candidato a emprego (não sendo assim legítima a utilização dos dados, com base na alínea e) do artigo 6º da Lei n.º 67/98).

Deve colocar-se, ainda assim, a questão da necessidade de utilização dos dados pelo empregador, nas “*diligências prévias à formação do contrato*” (artigo 6º, alínea e).

Não há dúvida que a entidade patronal tem necessidade de recolher informações e dados sobre o trabalhador, antes de o contratar, embora o grau de tal necessidade varie em função do tipo de trabalhador e empresa. Também não temos dúvidas que essa recolha de informações constitui uma diligência prévia à formação do contrato. O cerne da questão parece-nos residir na delimitação das informações cuja utilização é necessária para a formação do contrato de trabalho e que, como tal, poderão ser utilizadas.

¹⁰⁴Há relatos de situações ocorridas, nomeadamente no Brasil, onde foi negado o pedido de “justiça gratuita” de um empregado, com base em informações recolhidas na sua página do *Orkut*, onde se podia ver que o mesmo era dono de um restaurante, bem como negócios de exportação, que lhe permitiam ter um nível de vida incompatível com o apoio judiciário que tinha requerido. Informação disponível em http://www.amaurimascaronascimento.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=538:Internet-redes-sociais-e-direito-do-trabalho-contemporaneo-&catid=115:doutrina-&Itemid=269, acesso em 12-02-13.

Além dos dados naturais, como o nome, e-mail, endereço ou telefone, parece-nos que poderão ser utilizados apenas dados que revelem a aptidão do trabalhador para exercer aquela actividade, tais como, qualificações profissionais, experiência profissional, objectivos e desejos profissionais.

Como é evidente, informações sobre convicções ideológicas ou políticas – ou outros dados sensíveis cuja utilização é proibida, nos termos do artigo 7º da Lei nº 67/98 – não são necessárias para a celebração do contrato de trabalho, não podendo ser utilizadas. Portanto, no exemplo que avançámos *supra*, a entidade patronal não poderia preterir o candidato a emprego por este ter divulgado a simpatia por ideias de extrema-direita no seu perfil do *Facebook*.

Refira-se, por fim, que a possibilidade (que afirmamos) de utilização de dados pessoais do candidato a emprego divulgados no *Facebook* ou noutra rede pessoal, que sejam necessários à formação do contrato de trabalho, pressupõe evidentemente o acesso lícito a esses dados – por exemplo, porque o trabalhador aceitou a entidade patronal como “Amigo” ou porque essa informação está aí disponível ao público em geral.

No entanto, há que ter em conta que essas informações podem ser muito equívocas¹⁰⁵, devendo ser utilizadas com alguma cautela, sendo úteis a título meramente indicativo, devendo, tais dados ser devidamente comprovados, em função do fim a que se destinem.

Questão diversa, e que constitui o busílis deste estudo, é a de saber se as apreciações ou comentários negativos feitos nas redes sociais pelo trabalhador em relação à entidade patronal constituem justa causa de despedimento. Dedicaremos a esta problemática a parte restante do presente trabalho.

¹⁰⁵Concordamos com Regina REDINHA *Redes Sociais: Incidência Laboral (Primeira aproximação)(...)*, página 33, quando afirma que “afinal, na *Internet* todos podemos ter a medida da nossa sombra ao pôr do sol e retocar a nossa *persona*, qual fotografia do *Photoshop*”.

III) Relevância laboral e disciplinar de publicações do trabalhador nas redes sociais.

8. Enunciado do problema: pode um trabalhador ser despedido por causa de publicações no *Facebook*?

Eis-nos chegados ao tema central deste trabalho, que pretende responder à questão colocada em título.

Pretende-se, no fundo, avaliar se um trabalhador pode ser sancionado disciplinarmente por causa de publicações efectuadas nas redes sociais. Em termos muito simples e directos: pode, por exemplo, uma publicação no *Facebook* constituir justa causa de despedimento?

Dirigimo-nos, portanto, às publicações que um trabalhador coloca nas redes sociais (no *Facebook* e outras), na vigência do contrato de trabalho, que prejudiquem ou lesem interesses da sua entidade patronal, por exemplo, ofendendo o bom nome, crédito ou honra desta ou até divulgando segredos da empresa ou de negócios.

Sem descurar as várias hipóteses abrangidas pelo problema jurídico que acabamos de enunciar, focar-nos-emos sobretudo na publicação por trabalhador, nas redes sociais, de comentários e apreciações depreciativos ou pejorativos, relativos ao seu empregador.

9. Publicações no *Facebook*: conflito entre direitos de personalidade e deveres laborais do trabalhador

O nosso tema oferece a dificuldade própria de todos os problemas em que conflituam deveres laborais do trabalhador e direitos de personalidade e direitos fundamentais deste.

Apesar de ao trabalhador assistir a liberdade e direito de expressão, do Código de Trabalho resultam limites a essa liberdade, visto que “*a prática, no âmbito da empresa (...) de injúrias ou outras ofensas punidas por lei sobre elemento dos corpos sociais ou empregador individual*” (artigo 352º, nº 1, alínea i) é expressamente prevista como justa causa de despedimento. De onde resulta que o contrato de trabalho impõe deveres ao trabalhador que limitam a sua liberdade de expressão, não gozando este do mesmo nível de liberdade de se exprimir negativamente em relação à entidade patronal, como em relação a um terceiro.

Quando a “*injúria*” ou “*ofensa punida por lei*” é expressada através do *Facebook* (ou outra rede social), além do direito de expressão, surge também o conflito com o direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador.

Como vemos, o nosso tema evidencia o potencial conflito entre deveres laborais e direitos de personalidade e também fundamentais do trabalhador.

A nova roupagem das relações laborais, também fruto da comunicação livre de “quaisquer barreiras espaciais e temporais”¹⁰⁶ (v.g. o teletrabalho), agrava as situações de colisão de deveres e direitos do trabalhador, passando a solução por harmonizar o direito de o trabalhador expressar livremente a sua opinião com o dever de não atentar contra o bom nome e a honra de quem a “dirige”¹⁰⁷ – quer se inclua este dever num simples dever de urbanidade, num dever de lealdade, ou num mais exigente (para muitos inexistente¹⁰⁸), dever de colaboração.

Portanto, a nossa problemática situa-se numa área em que releva a constitucionalização da relação laboral, patente na inclusão, no Código do Trabalho, de preceitos de índole constitucional, como a previsão de uma série de direitos de

¹⁰⁶ Teresa MOREIRA, *A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação*, cit., página 53.

¹⁰⁷ Neste sentido, Teresa MOREIRA, *idem*, afirma que “a introdução das NTIC, traduzindo inúmeras vantagens para a empresa e para o empregador, comporta, também, riscos acrescidos para os direitos fundamentais dos trabalhadores, sobretudo para o direito à privacidade. Com estas novas tecnologias há um aumento desmesurado da capacidade de acumulação de informação e permite-se ao empregador reconstruir, a partir de dados aparentemente inócuos e inofensivos, o perfil do trabalhador, que poderá ser utilizado com os fins mais diversos. Desta forma, a informática permite um tratamento de dados pessoais do trabalhador de forma ilimitada e indiscriminada, desnudando-o in totum, tornando-o mais transparente et, por cause, mais frágil”.

¹⁰⁸ V. por ex. Jorge LEITE, *Direito do Trabalho*, vol. II, Coimbra, 2004, pág. 94.

personalidade do trabalhador, correspondentes a direitos fundamentais. É também essencial na abordagem ao nosso tema a noção de que para além de trabalhador ou de empregador está um cidadão ¹⁰⁹, titular de deveres mas também de direitos que podem conflitar com os direitos do empregador.

No nosso caso, não estão em causa direitos do trabalhador enquanto tal (como sejam o direito à greve, à liberdade sindical, às férias e ao salário) mas sim direitos enquanto cidadão e enquanto pessoa ¹¹⁰, com liberdade de expressão e intimidade da vida privada.

Se é certo que o trabalhador “*mantém intactos os seus direitos como cidadão a que não renuncia pelo contrato de trabalho*” ¹¹¹, parece-nos evidente que há uma necessária compressão desses direitos a partir do momento em que o cidadão passa a ser também trabalhador. Tal compressão ou limitação aos direitos do trabalhador advém não apenas do interesse da empresa, mas também da coexistência de direitos de outros trabalhadores e do próprio empregador ¹¹², na empresa moderna.

As publicações no *Facebook* ofensivas ou prejudiciais ao empregador põem assim um problema de duas realidades concorrentes, de direitos fundamentais de ambas as partes, tendo de obter-se a sua concordância prática, respeitando sempre como limite a Constituição. Em termos práticos, e adoptando as palavras de José João ABRANTES ¹¹³ “*o desafio ao qual o aplicador do direito deve responder é o da optimização de todos os*

¹⁰⁹ Como observa Júlio GOMES, *ob. cit.* página 265, “*não existe, por um lado, o trabalhador e, por outro, o cidadão, mas antes a pessoa que é simultaneamente cidadão e trabalhador subordinado (ou empregador); como, por vezes, se diz, a cidadania não fica à porta da empresa*”

¹¹⁰ Diríamos, com LEAL AMADO, *ob. cit.* página 216, que temos aqui o “*conflito entre a liberdade de empresa e a liberdade na empresa*” cuja resolução passará, segundo o autor, pela tentativa de concordância prática entre ambas, de acordo com o princípio da proporcionalidade, na sua tríplice dimensão (conformidade ou adequação, exigibilidade ou necessidade, proporcionalidade *stricto sensu*).

¹¹¹ Assim, José João ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Meios de Vigilância da Actividade do Trabalhador (Breves Considerações)*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raul Ventura, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, vol.II, págs. 809 e segs. Para o autor, “*a lógica constitucional do estado de direito democrático impõe (...) uma nova perspetivação dos deveres contratuais e, de uma forma geral, uma reconsideração das consequências, das implicações que o seu correcto cumprimento deve comportar no âmbito do contrato de trabalho*”.

¹¹² Neste sentido, v. LEAL AMADO, *O Contrato de Trabalho*, 3.ª Edição, Agosto 2011, Coimbra Editora, pág. 261, ao admitir que assistimos, nesta matéria a “*uma dialéctica aplicação/modulação, vale dizer: i) a tutela da situação pessoal do trabalhador e a salvaguarda da chamada “cidadania na empresa” pressupõe a aplicação/eficácia dos direitos fundamentais da pessoa humana no âmbito da relação de trabalho; ii) os legítimos interesses do empregador e a posição de inequívoca supremacia que este detém na relação de trabalho implicam, necessariamente, uma certa compressão/modulação daqueles direitos do trabalhador*”.

¹¹³ José João ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2005, pág. 173

direitos e de todos os valores constitucionais em conflito, nomeadamente a mais ampla liberdade civil do trabalhador e (igualmente) a mais ampla autonomia contratual, a levar a cabo através da actuação de um princípio da proporcionalidade na sua tripla dimensão: necessidade, adequação e proibição do excesso". A concordância prática dos direitos e interesses envolvidos nas publicações em redes sociais de ofensas ao empregador deverá pois ser levada a cabo maximizando as liberdades de cada uma das partes.

Cabe notar que essa concordância prática deve ser efectuada ao nível jurídico-laboral e não, imediatamente, ao nível jurídico-constitucional.

Isto é, não devemos resolver o problema jurídico de uma publicação no *Facebook* ofensiva da honra da entidade empregadora, passando logo para uma (insegura) ponderação e tentativa de concordância prática, ao nível constitucional, entre o direito "*ao bom nome e reputação*" e o direito "*à reserva da intimidade da vida privada*" ou a "*liberdade de expressão*" (consagrados nos artigos 26º, nº 1, e 37º, nº 1, da C.R.P.), ignorando todo o ordenamento jurídico-laboral, o qual fornece importantíssimos pontos de apoio e por vezes até soluções para este tipo de problema.

10. Publicações no *Facebook* e deveres do trabalhador

a) Publicações no *Facebook*, deveres gerais e deveres laborais de respeito e urbanidade

É inegável que certas publicações no *Facebook* contendem com deveres dos trabalhadores, sendo questão diversa – e que trataremos nos números seguintes – a de saber se essas publicações estão protegidas por direitos de personalidade do trabalhador, como o direito à reserva da intimidade da vida privada e o direito de expressão, não existindo por isso uma violação de deveres jurídico-laborais do trabalhador.

É claro que certas publicações no *Facebook*, como injúrias ou difamações relativamente à entidade patronal, consubstanciam uma violação de deveres laborais. Desde logo, porque violam deveres de qualquer pessoa, independentemente de estar inserida numa relação laboral, constituindo ilícitos civis – como resulta da responsabilidade pela ofensa do crédito ou bom nome, expressamente prevista no artigo 485º do Código Civil – e podendo até constituir ilícitos criminais, mais concretamente os crimes de difamação ou injúria, agravados em caso de publicidade, isto é, se “*a ofensa for praticada através de meios ou em circunstâncias que facilitem a sua divulgação*” (artigos 180º, 181º e 183º, nº 1, alínea a), do Código Penal).

Tais publicações, que constituem ilícitos penais nos termos dos artigos 180º e 181º do Código Penal ou apenas civis, nos termos do artigo 484º do Código Civil, violam deveres gerais de qualquer pessoa, de respeito ao bom nome e reputação das outras pessoas, mesmo que entre as mesmas não haja qualquer relação laboral.

Não havendo assim qualquer dúvida em relação a publicações com conteúdo claramente ofensivo da entidade patronal, sempre se colocarão dúvidas em relação a ofensas menos graves. Pode uma ofensa que não constitui um ilícito criminal ou civil consubstanciar um ilícito jurídico-laboral, isto é uma infracção dos deveres jurídico-laborais do trabalhador?

Parece-nos claro que sim, o que resulta do reconhecimento de um específico dever jurídico-laboral de respeito pelo empregador, mais denso e exigente, que o dever geral de respeito pelo bom-nome e reputação dos outros. Reconhecimento legal, nos termos do artigo 128º, nº 1, alínea a), que dispõe que “*o trabalhador deve respeitar e tratar o empregador (...), com urbanidade e probidade*”.

Portanto, parece-nos não haver qualquer dúvida que certas publicações que não relevariam fora de uma concreta relação jurídico-laboral, poderão consubstanciar uma violação do dever do trabalhador de “*respeitar (...) o empregador*”.

Sendo que, como veremos, na apreciação da violação do dever não pode deixar de ponderar-se que o eventual desrespeito ocorreu, através de um meio que facilitou a sua divulgação (constituindo aqui o disposto no artigo 183º, nº 1, alínea a), um importante

ponto de apoio quanto à censura ou desvalor que a ordem jurídica atribui às ofensas que são divulgadas – a calúnia, pela sua repercussão, é sempre mais grave do que a injúria ou difamação.

Muitas das publicações no *Facebook* ofensivas da entidade patronal serão subsumíveis a uma violação deste dever laboral de respeito pela entidade patronal, a qual pode constituir mesmo uma justa causa de despedimento, conforme resulta do artigo 351º, nº 2, alínea i). Foi, justamente, o que sucedeu no caso que referimos *supra* submetido à apreciação do Tribunal de Matosinhos, em que um trabalhador publicou em rede social comentários claramente ofensivos da sua entidade patronal.

Idêntica ordem de ideias se aplica ao dever de urbanidade, visto que há um dever mínimo de urbanidade que se impõe a qualquer pessoa, conforme resulta, por exemplo, dos deveres de não “*importunar outra pessoa praticando perante ela actos de carácter exhibicionista de natureza sexual*” (artigo 170º do Código Penal) ou de não “*publicamente vilipendiar acto de culto de religião ou dele escarnecer*” (artigo 252º, alínea b), do Código Penal). Também aqui é, contudo, evidente que este dever geral mínimo de urbanidade é bem menos exigente do que o dever do trabalhador de “*tratar o empregador (...) com urbanidade*”.

Isto é, o trabalhador pode efetuar publicações, escarnecendo, troçando, vilipendiando e, em geral, diminuindo e amesquinhando sinais distintivos (por exemplo, marcas ou denominações) de outras empresas, mas se o fizer em relação a marcas da sua empresa, correrá o risco de violar o seu dever de urbanidade em relação à entidade patronal.

Imaginemos que um trabalhador publica no *Facebook* imagens pornográficas totalmente impróprias, envolvendo a principal marca ou a denominação da empresa, ou publica fotografias do seu empregador individual que o diminuem (v.g., a um Domingo, em claro estado de embriaguez). Será difícil considerar que este tipo de publicações não violam o dever de urbanidade do trabalhador.

Dos casos surgidos em Tribunal, em Portugal – recorde-se o caso da fotografia publicada por professor do colégio privado em Paredes, em que este estava sentado em cima dos testes, pose que, conjugada com o comentário, a entidade patronal considerou

imprópria – e além-fronteiras, resulta que em muitas publicações estará em causa a violação do dever de urbanidade do trabalhador.

É, por isso, totalmente pertinente a advertência efectuada por João Leal Amado¹¹⁴, no sentido de que na apreciação da urbanidade devida pelo trabalhador, o Tribunal deve atender a critérios objetivos e seguros, e não à contingência de apreciações subjectivas, variáveis no tempo e no espaço e, portanto, diferentes de empregador para empregador.

Esta advertência terá como resultado prático, que só deverão ser considerados como violadores do dever de urbanidade, as publicações do trabalhador nas redes sociais que afectem o núcleo essencial deste dever. Deve, por isso, o Tribunal ser particularmente cuidadoso e exigente nesta apreciação, sob pena de cairmos numa espécie de “censura” moral patronal às publicações do trabalhador no *Facebook*.

Esteve, pois, bem o Tribunal ao apreciar o caso das fotografias publicadas por professor, visto que padrão de urbanidade exigido por aquele concreto empregador superava claramente o padrão de urbanidade geralmente exigido.

b) Publicações no *Facebook* e dever de lealdade

As publicações no *Facebook* poderão, em nosso entender, violar o sempre controverso dever de lealdade que impende sobre o trabalhador¹¹⁵.

É sabido que, para além dos deveres gerais que decorrem da celebração do contrato de trabalho, impendem igualmente sobre o trabalhador deveres acessórios¹¹⁶, onde cabe o dever geral de lealdade, previsto na alínea f), n.º 1 do artigo 128º do Código do Trabalho.

¹¹⁴ V. João Leal Amado *Pornografia, informática e despedimento (a propósito de um ac. da R.L.)*, in *Questões Laborais*, Ano I, n.º 2, 1994

¹¹⁵ Sobre este assunto v., por todos, António MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho* 12.ª Edição, 2.ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2004, pág. 227 a 236

¹¹⁶ MONTEIRO FERNANDES (*ob. cit.* página 227) refere alguns autores que distinguem, dentro dos deveres acessórios de conduta, aqueles que são autónomos ou complementares face à prestação de trabalho como é o citado dever de lealdade, e os que são *auxiliares* ou *integrativos* da prestação de trabalho, como é o caso do

Parece-nos evidente que a existência de um dever de o trabalhador se abster de efectuar publicações no *Facebook* que prejudiquem, de alguma forma, a entidade patronal bem como a actividade empresarial desta deve também discutir-se, à luz deste dever acessório de lealdade.

Tal dever impede, desde logo e de forma expressa, o trabalhador de praticar actividades concorrentes com o empregador, sujeitando-o também à obrigação de não revelar informações sobre o negócio, métodos de produção ou organização (dever de sigilo). Nesta medida, não haverá dúvidas que a publicação nas redes sociais de segredos de negócio ou empresariais do empregador violará o dever de lealdade na sua modalidade de sigilo.

Mas, cabe determo-nos um pouco mais no dever de lealdade, para verificar se o mesmo se deve resumir a um dever de não concorrência e sigilo, ou se vai além destes deveres, proibindo publicações no *Facebook* que, não contendendo com o sigilo ou a não concorrência, afectam um genérico e mais extenso dever de lealdade.

Ao que parece, a consagração na nossa lei deste dever (que já constava no artigo 21.º da LCT) terá sido influenciada pela lei italiana que continha um dever geral de fidelidade (*fedeltà*) ou lealdade ¹¹⁷.

Sendo impossível aprofundar aqui a discussão em torno deste dever (nomeadamente na doutrina italiana) e da sua associação a uma determinada concepção histórica das relações de trabalho ¹¹⁸, sempre poderemos dizer que este dever comporta tanto um

dever de obediência. Como o próprio autor refere, esta distinção é controversa, nomeadamente na doutrina italiana onde é sugerida. «Entretanto, o mencionado esquema constitui um modelo fortemente sugestivo na sua traça geral: tendo em vista a *execução do trabalho efectivo* (...) há efectivamente “deveres” que constituem afinal modalidades daquele comportamento, estão “dentro dele” como a *obediência* e a *diligência*; e há, por outro lado, situações subjectivas “laterais”, que favorecem e complementam a execução do trabalho, mas podem não coincidir com ela, como as de *lealdade*, *assiduidade* e *custódia*.»

¹¹⁷ Segundo MONTEIRO FERNANDES (*ob. cit.* pág. 228), a consagração deste dever inspirou-se no artigo 2105.º do Código Civil italiano segundo o qual “*o prestador de trabalho não deve negociar (trattare affari), por conta própria ou de terceiros, em concorrência com o empresário, nem divulgar informações (notizie) referentes à organização ou aos métodos de produção da empresa, ou fazer uso delas de modo a poder causar-lhe prejuízo*”.

De resto, este dever geral servia para proibir ao trabalhador que este pusesse em causa, através da sua conduta, a segurança da posição do empregador ou que prejudicasse a sua actividade.

¹¹⁸ A génese do dever *geral* de lealdade remonta ao corporativismo, estando “*historicamente associada a uma visão comunitária e solidarística das relações de trabalho*” que vigorava na altura em que a LCT foi

conteúdo negativo, em que o trabalhador se deve abster de comportamentos que prejudiquem a empresa ou a entidade patronal, como um conteúdo positivo em que o trabalhador actue na defesa dos interesses da empresa ou até evitando que nela ocorram prejuízos.

Portanto, entendemos que o conteúdo deste dever não se pode esgotar *a priori*, pois, muito embora a lei estabeleça algumas obrigações nele contidas, trata-se de exemplos, persistindo, ainda assim, um “*dever geral de conteúdo não especificado*”¹¹⁹ que apenas se concretizará casuisticamente.¹²⁰

Naturalmente que se o trabalhador publicar comentários que prejudiquem o prestígio, o bom nome e a imagem do seu empregador ou até da empresa que este dirige, viola a relação de confiança que se presume existir entre as partes, decorrente do vínculo laboral, podendo até pôr em causa a subsistência dessa relação.

E, como melhor veremos à frente, esta acção, a nosso ver, extravasa a vida privada do trabalhador, na medida em que se presume um grande número de “leitores” destes comentários. É para nós um dado assente que comentários feitos durante uma conversa entre duas – ou até mais - pessoas têm uma repercussão muito diferente de comentários publicados nas redes sociais, embora, como adiante veremos com mais detalhe, deva ser

publicada tendo sido superada com o regime jurídico-constitucional posterior a 1974. Assim, Monteiro Fernandes, *ob. cit.*, pág. 230. Porém, admite o autor, este dever mantém-se compatível com a concepção comutativa e contratualista do vínculo laboral, através do princípio da boa-fé.

¹¹⁹ Cfr. MONTEIRO FERNANDES, *ob. cit.*, pág. 232

¹²⁰ Cfr. por exemplo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29-06-1984, em que o Tribunal faz depender a verificação de justa causa de despedimento à verificação cumulativa de comportamento culposos do trabalhador; à impossibilidade da subsistência da relação de trabalho e ao nexo de causalidade entre ambos os requisitos. Neste sentido, decretou que “a culpa e sua gravidade hão-de apreciar-se, na falta de um critério legal definidor, pelo entendimento de um bom pai de família, em face de cada caso concreto, segundo critérios de objectividade e razoabilidade, só se podendo considerar como grave a que assim resultar da aplicação de tais critérios e não a que subjectivamente por tal forma se qualifique.

Quebra o dever de lealdade e cooperação o trabalhador que diz a clientes da entidade patronal para deixarem de lhe comprar os seus produtos e determina, com tal comportamento, que assim venha a acontecer”.

Ou o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07-12-1984, versando sobre o comportamento de um trabalhador que lida directamente com dinheiro (no caso concreto, um “caixa”) e em que o Tribunal determinou que, “quanto maior é a confiança que a entidade patronal deposita num seu trabalhador, maior é a responsabilidade deste.

Se da actuação do trabalhador saírem irremediavelmente feridos os deveres de fidelidade e lealdade, instala-se um clima de desconfiança que inquinará as relações laborais e determinará a impossibilidade da sua subsistência”. Disponíveis, ambos, em <http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados>.

considerado o tipo de rede onde os comentários são proferidos, os destinatários que, à partida, os podem ler, a posição que o trabalhador ocupa dentro da organização e o grau de proximidade que tem com o seu empregador, bem como outras variáveis do caso concreto.

O dever de lealdade é tão mais acentuado quanto maiores forem as responsabilidades que impendem sobre o trabalhador ou quando o empregador nele depositou maior confiança através da delegação de funções e competências de relevo¹²¹. Aqui está patente a componente *subjectiva*¹²² do dever geral de lealdade que decorre da permanência de confiança e da estreita relação entre as partes, imprescindível para que a relação de trabalho se mantenha.

O abalo da confiança ínsita na lealdade devida não está dependente da existência de prejuízos do empregador nem da existência de culpa grave do trabalhador. De igual modo, independentemente da repercussão que possa ter o insulto ou a difamação contra a pessoa do empregador nas redes sociais, esse acto por si mesmo poderá resultar numa sanção disciplinar, em certos casos a sanção máxima de despedimento, conforme veremos mais adiante.

Note-se que ao considerarmos que alguns comentários ou publicações em geral no *Facebook* poderão violar a lealdade, também não adoptamos uma versão maximalista da lealdade. De facto, entre aqueles que defendem uma lealdade minimalista, reduzida à não concorrência e ao sigilo¹²³, e aqueles que dela têm uma visão maximalista que a aproxima de um dever de colaboração com o empregador, há claramente espaço para uma posição intermédia e a nosso ver, mais adequada.

Parece ser essa, se bem vemos, a posição de José JOÃO ABRANTES, cujas palavras seguimos: “a formulação, em termos genéricos e irrestritos, que muitas vezes é feita, do chamado dever de lealdade do trabalhador, no fundo, com o significado de sujeição absoluta deste aos interesses empresariais, é indefensável face ao sistema constitucional

¹²¹ Sobre o caso dos “trabalhadores dirigentes” e com “funções de chefia, v. Teresa MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador* (...) págs. 439-445 e António Menezes CORDEIRO, *Manual de Direito de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1991, págs. 672 e ss.

¹²² Assim entende MONTEIRO FERNANDES, *ob. cit.*, pág. 233 que, para além desta componente subjectiva, realça a objectiva que se reconduz, segundo ele, “à necessidade do ajustamento da conduta do trabalhador ao princípio da boa-fé no cumprimento das obrigações (art. 762.º C. Civ.)”

¹²³ V. Jorge Leite, *cit.*, pág. 94 ss.

das relações de trabalho, que reconhece a ideia de conflitualidade e configura claramente o trabalhador e o empregador como portadores de interesses distintos, tantas vezes contrapostos”. O Autor recorda, a este propósito, que o princípio da mútua colaboração que constava da LCT, e que, no fundo era a expressão do corporativismo, também se deve considerar revogado pela nova ordem jurídico-constitucional¹²⁴.

Aceitando e sublinhando a advertência deste Autor, parece-nos evidente que entre o padrão do trabalhador que deve colaborar positivamente com o empregador no *Facebook* (v.g. colocando “Gosto”, em todas as publicações na página da empresa na rede) e o padrão do trabalhador que deve apenas sigilo e não concorrência, podendo efectuar livremente comentários prejudiciais à sua entidade patronal, há certamente espaço para um standard intermédio de lealdade juridicamente exigida. Em termos mais simples: aceitamos que a subordinação ao dever de lealdade por trabalhador não deve ser irrestrita e que, a par dos interesses empresariais convivem os interesses do trabalhador, mas admitimos que estes se podem harmonizar e não têm que ser, necessariamente, antagónicos.

Em face do exposto, estamos certos de que certas publicações no *Facebook* pejorativas e danosas para a entidade patronal poderão constituir violações do dever de lealdade do trabalhador.

c) Publicações no *Facebook* e deveres de boa fé do trabalhador

Poderá ser útil analisar a questão, à luz da eventual violação de deveres de boa fé do trabalhador, pela colocação de publicações em redes sociais.

De facto, do estudo que empreendemos, ficou-nos a impressão de que a colocação do problema à luz do dever de lealdade será forçosamente contaminada pelo carácter controverso deste, atendendo à conflitualidade subjacente às relações laborais.

¹²⁴ José João ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais* (...) página 176, nota 365

Isto é, mesmo adoptando a posição dos autores que entendem que o dever de lealdade se cinge ao dever de sigilo e de não concorrência¹²⁵, sempre seremos forçados a aferir se a publicação nas redes de comentários atentatórios ao bom nome e à honra da empresa ou do empregador constitui uma violação de obrigações decorrentes da boa-fé.

É que, não podemos esquecê-lo, no cumprimento das suas obrigações, “*devem as partes proceder de boa fé*” (artigo 762º, nº 2, do Código Civil). Sendo certo que, como afirma Almeida COSTA, “a moderna disciplina das obrigações - como, aliás, o direito em geral - encontra-se muito imbuída da ideia da boa fé”.¹²⁶

De facto, consideramos que a cláusula da boa fé pode e deve ser aqui convocada como critério a considerar na aplicação dos direitos fundamentais ao contrato de trabalho e, em último termo, como princípio geral de exercício de direitos. Aliás, há quem entenda que esta cláusula deve substituir a “tradicional” referência em termos genéricos e irrestritos ao dever de lealdade¹²⁷.

Convocamos aqui a cláusula geral da boa fé, enquanto elemento integrador de interesses distintos (embora não necessariamente contraditórios, reforce-se), tal como sucede noutras relações obrigacionais.

No fundo, cada sujeito – neste caso, trabalhador e empregador – deve, na sua conduta, respeitar os direitos mútuos, cumprindo o contrato que os une e, para além disso, respeitar os interesses do outro que, não constando expressamente do contrato, estão implícitos e podem facilmente ser aferidos pelas partes. Cabe recordar, a este propósito, que a subordinação ao dever de lealdade e o recurso à cláusula da boa fé nas relações de trabalho são ambivalentes, na medida em que vinculam ambas as partes do contrato.

Assim sendo, decorre dos deveres de boa fé na execução do contrato de trabalho, que o empregador e o trabalhador devem procurar abster-se de comportamentos que

¹²⁵ Como Jorge LEITE, ob e loc. *cits*.

¹²⁶ Mário Júlio Almeida COSTA *In Direito das Obrigações*, 6.ª Edição, Almedina, Coimbra, 1994, páginas 88-98. A este propósito, o Autor cita (cfr. página 91) um juiz inglês através de uma expressão que entendemos ser absolutamente ilustrativa da relação laboral enquanto relação obrigacional que, para nós, não subsistem dúvidas que é: “*life would be impossible in modern conditions unless on the highway and in the market place we were entitled to rely on the other man behaving like a reasonable man*”. (apud P.S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979 - 2.ª impressão, 1998 - n.º 22, designadamente pág. 771).

¹²⁷ José João ABRANTES, *Contrato de Trabalho* (...), págs. 176 e 177.

prejudiquem a outra parte. De onde se infere que, no caso concreto, o trabalhador não deve usar as redes sociais para efectuar publicações que prejudiquem ou ofendam o empregador ou a empresa através de comentários depreciativos e ofensivos – que, como vimos, em casos extremos, pode mesmo configurar um crime de injúrias ou difamação.

Isto, muito embora, o trabalhador seja titular do direito à liberdade de expressão, cabendo analisar à frente se do contrato de trabalho resultam limites específicos a essa liberdade, que o impeçam de a usar para prejudicar o empregador, nas redes sociais.

Parece claro que o dever do trabalhador de não prejudicar o empregador, nas redes sociais, decorre do dever geral de boa fé, não tendo de ser especialmente previsto no contrato. Seria caricato que o empregador tivesse de fazer constar do contrato de trabalho uma cláusula que proibisse o trabalhador de o difamar ou injuriar, na medida em que essa conduta é a expectável de qualquer *bonus paterfamilias*.

As respostas concretas às perguntas que fomos colocando neste capítulo são afirmativas, isto é, certas publicações no *Facebook* podem violar deveres jurídico-laborais do trabalhador, mais concretamente os deveres de respeito, de urbanidade, de lealdade e em geral o dever de agir de boa fé na execução do contrato.

Questão distinta e que passaremos a analisar é a de saber se essas publicações estão protegidas pela liberdade de expressão e pelo direito à reserva da intimidade da vida privada.

11. Publicações no *Facebook* e liberdade de expressão e informação do trabalhador

Como referimos no início, embora as condutas do trabalhador que tratamos contendam com deveres jurídico-laborais, as mesmas traduzindo-se na expressão e divulgação livre do pensamento do trabalhador nas redes, reconduzem-se a um direito

fundamental e direito de personalidade do trabalhador, a liberdade de expressão (artigos 37º, nº 1, da C.R.P., e 14º)

Em certas publicações no *Facebook*, poderá estar também em causa a liberdade de informação, pretendendo o trabalhador informar o público de factos relativos à empresa – pense-se nos casos denominados de “Whistle-blowing”, em que o trabalhador informa o público sobre práticas irregulares da empresa.

A liberdade de informação inclui em geral, a livre comunicação e recepção da informação e, em particular, a divulgação de factos, dados ou informações relativas à empresa, especialmente quando revistam um interesse geral, quando possam afectar os consumidores ou quando tragam a público a prática de actos ilícitos.

No entanto, também esta liberdade encontra limites, desde logo, no dever de sigilo em relação a segredos empresariais e na exigência de que a informação divulgada tenha sido obtida com respeito pela boa fé contratual e peça boa imagem da empresa, e sob a proibição de revelar dados secretos, reservados ou confidenciais¹²⁸.

Na consideração destes direitos fundamentais e na sua ponderação com os deveres laborais do trabalhador, secundamos José João Abrantes¹²⁹ quando este afirma que “*a Constituição (...) oferece dados normativos e pressupostos político-jurídicos que propiciam uma interpretação de duplo sentido, que aprofunde realmente, com efectivas consequências jurídicas, as ideias de reciprocidade e de harmonização dos interesses de ambas as partes da relação laboral.*”

Os dados normativos fundamentais da C.R.P. deverão ser tidos aqui em conta como fonte de revelação das normas legais referente à matéria, não se devendo passar logo para uma ponderação sempre insegura entre direitos fundamentais – liberdade de expressão vs direito ao bom nome e reputação ou liberdade de empresa –, sem esgotar todos os dados normativos disponíveis, no Código do Trabalho.

Não é expectável que o trabalhador e o empregador comunguem das mesmas idiossincrasias e, também por esse motivo, não se espera nem se pretende que ambos

¹²⁸ V. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 4/1996, de 16 de Janeiro e 1/1998, de 12 de Janeiro

¹²⁹ José João ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais* cit., pág. 181.

tenham as mesmas opiniões¹³⁰. Nem se espera que ambos fiquem limitados à expressão do seu pensamento e opiniões, por causa do contrato de trabalho, o que é, desde logo evidente, quando esses pensamentos nada têm a ver com a empresa ou a relação laboral.

No entanto, é sabido que a liberdade de expressão e informação tem limites, os quais são, desde logo reconhecidos no preceito constitucional que as consagra e que se refere às “*infracções cometidas no exercício destes direitos*”. Estes limites são, igualmente, reconhecidos no artigo 14º que reconhece a liberdade de expressão do trabalhador “*com respeito dos direitos de personalidade (...) do empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e do normal funcionamento da empresa*”.

Conforme considerou o Supremo Tribunal de Justiça, “*ainda que constituindo o direito à liberdade de expressão um pilar essencial do Estado de Direito democrático, o certo é que esse direito não pode ser exercido com ofensa de outros direitos, designadamente o direito ao bom nome e reputação, direito de igual dignidade e idêntica valência normativa*”¹³¹.

Coloca-se, contudo, a questão de saber em que medida o contrato de trabalho impõe limites específicos à liberdade de expressão do trabalhador. Recorrendo às palavras de Júlio GOMES: “*o que suscita problemas é sobretudo determinar em que medida é que, em virtude do contrato de trabalho, o trabalhador se acha obrigado a não exprimir no local de trabalho ou fora dele (e aqui, acrescentaríamos, nas redes sociais, por exemplo) opiniões que possam perturbar o ambiente de trabalho, pelo seu efeito provocatório sobre os colegas, ou, em geral, prejudicar os fins da empresa*”.¹³²

Ora, parece-nos que do contrato de trabalho fluem limites específicos à liberdade de expressão e de informação¹³³, podendo estabelecer-se como regra geral, que o trabalhador

¹³⁰ No mesmo sentido, Júlio GOMES, *Direito do Trabalho*, ob. cit. página 279: “*Um trabalhador subordinado não deixa, por ser subordinado, de ser um cidadão que pode aderir à ideologia que muito bem entenda, mesmo que esta não seja do agrado do seu empregador.*”

¹³¹ Recurso de Revista n.º 2528/07 - 7.ª Secção, excerto disponível em http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-tematica/liberdade_expressao2002_2013.pdf, página 18.

¹³² Júlio GOMES, *Direito do Trabalho*, ob. cit. página 274.

¹³³ Também no direito laboral alemão, e segundo José João ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2005, págs 147-159, os tribunais têm dado relevância aos direitos fundamentais ora através do “dever de assistência” do empregador, ora pela aplicação directa dos direitos

fundamentais, entendendo, ainda assim, que os direitos fundamentais do trabalhador estão limitados pelos “*interesses legítimos do empregador*” ou “*necessidades prementes da empresa*”.

No que toca, particularmente, à liberdade de expressão, a jurisprudência alemã tem tido uma interpretação restritiva, entendendo que, por causa do contrato de trabalho, este direito é secundarizado em favor da “paz da empresa” e do dever de lealdade do trabalhador ou da “mútua colaboração baseada na confiança”.

Há, porém, determinados casos em que a doutrina preconiza a redução ou até mesmo a exclusão de alguns direitos fundamentais (especialmente a reserva da vida privada e a liberdade de expressão): são os casos das chamadas “empresas de tendência” ou, na sua designação alemã, “*tendenzbetrieben*”. São situações em que o conteúdo ideológico subjacente à actividade do trabalhador reforçam os seus deveres de conduta e éticos de tal forma que este deve promover o interesse do trabalhador mesmo na sua actividade privada e fora do local de trabalho. V. José João ABRANTES, *ob. cit.*, pág. 157.

A Constituição italiana consagra direitos especificamente laborais – Sobre o direito italiano, cfr., igualmente, José João ABRANTES, *últ ob. cit.*, páginas 159-167, que seguimos –, os quais são concretizados no *Statuto dei Lavoratori*. A doutrina tem procurado conciliar harmoniosamente os direitos de ambas as partes, assegurando, por um lado, o direito dos trabalhadores e, por outro, a liberdade da empresa.

O confronto entre ambos levou à “*redefinição do âmbito e dos contornos da subordinação jurídica, em particular dos chamados deveres acessórios de conduta, v. g., o dever de lealdade do trabalhador, durante muito tempo entendido como fundamentando todo o tipo de limites impostos à sua liberdade, maxime à liberdade de expressão e ao direito à reserva da vida privada*” – José João ABRANTES, *ob. cit.*, pág. 161.

Com a evolução da jurisprudência e com o reconhecimento da conflitualidade inerente ao contrato de trabalho, hoje, no ordenamento jurídico italiano, verifica-se o respeito equilibrado entre os direitos do trabalhador e da empresa, considerados com igual valor. V. os Acórdãos *cits.* em Júlio GOMES, *ob. cit.*, página 278, reveladores deste equilíbrio e deste reconhecimento mútuo de direitos.

No que se refere à liberdade de expressão, estipula o artigo 1.º do *Statuti dei Lavoratori* que “*os trabalhadores, sem distinção de opiniões políticas, sindicais, de credo religioso, têm direito, no local onde prestam o seu trabalho, de manifestar livremente o seu pensamento, no respeito pelos princípios da Constituição e das normas da presente lei*”.

Daqui se infere que, no ordenamento jurídico-laboral italiano, a liberdade de expressão tem limites, tendo o trabalhador o dever de não divulgar injustificadamente notícias que possam ser prejudiciais à empresa. A este propósito, José João ABRANTES, *ob. cit.* pág. 163, refere o Acórdão *Cassazione* 25-02-86, n.º 1173, *FI* 1986-I, p.1877=RIDL 1987-II, p. 127, “a conduta do trabalhador, consistente na divulgação de factos e na formulação de acusações, ainda que verdadeiras, objectivamente idóneos a lesar a honra ou a reputação do dador de trabalho, exorbita do legítimo exercício do direito de livre expressão do seu pensamento e pode justificar a rescisão unilateral do contrato por parte do empregador, por incompatibilidade com o elemento fiduciário necessário à prossecução da relação, desde que se traduza numa conduta imputável ao seu autor a título de dolo ou de culpa e que não encontre, pela modalidade e âmbito das notícias divulgadas e dos juízos formulados, justificação adequada e proporcional na exigência de tutelar interesses de relevância jurídica ao menos equivalente aos bens lesados.

O caso dizia respeito a dois funcionários de um estabelecimento hospitalar que haviam feito uma exposição ao Procurador da República e concedido a uma entrevista a alguns meios de informação, divulgando notícias de conteúdo difamatório para o referido estabelecimento. O despedimento dos dois funcionários foi considerado sem justificação pelo Tribunal da Apelação, mas a secção cível da *Cassazione* anulou tal sentença, por falta de fundamentação”.

No ordenamento jurídico francês – ainda de acordo com o estudo levado a cabo por José João ABRANTES, *ob. cit.*, págs. 167e segs., –, as normas de protecção da personalidade nas relações laborais constam do preâmbulo da Constituição de 1946 que consagra a liberdade sindical, o direito à greve e à participação, à igualdade e não discriminação no trabalho, sendo que, sobre esta matéria, há apenas alguns preceitos no *Code du Travail*, fortemente alterado pelas leis *Auroux*, de 4-08-82 e 27-12-82, e Bérégovoy, de 2-11-92 e 31-12-92.¹³³

A lei prevê que não podem ser impostas limitações injustificadas aos direitos fundamentais ou desproporcionadas à finalidade que se visa. O princípio da não discriminação, também consagrado na lei, determina que “*ninguém pode ser afastado de um processo de selecção, sancionado ou despedido em razão*

não deve expressar e divulgar o seu pensamento por forma a ofender ou prejudicar interesses da sua entidade patronal¹³⁴, a menos que o faça no exercício de um interesse legítimo – o que poderá suceder, por exemplo, em caso de denúncia de irregularidades praticadas pela empresa ou de reivindicação de direitos pelo trabalhador¹³⁵.

Este princípio aflora, claramente, no dever de sigilo (artigo 128º, nº 1, alínea f), e no artigo 351º, nº 2, alínea i), do Código do Trabalho), que prevê a prática de “*injúrias*” ou “*ofensas*” ao empregador como causa de despedimento. Encontramos-lhe também um ponto de apoio no artigo 351º, nº 2, alínea e), que considera justa causa a “*lesão de interesses patrimoniais sérios da empresa*”, o que poderá suceder com algumas publicações no *Facebook*.

A final, diremos nós, a liberdade de expressão do trabalhador termina quando colide com direitos do empregador, sendo estes direitos o limite àquela e a outras liberdades. Só com estes limites poderão as partes conviver harmoniosamente, respeitando-se mutuamente.

Na apreciação prática desta questão, devem ser tidas em conta duas circunstâncias, de sinal contrário, quanto à tutela das publicações nas redes pelas liberdades de expressão e de informação.

da sua origem, sexo, modo de vida, situação familiar, pertença a qualquer etnia, nação ou raça, das suas opiniões políticas, actividades sindicais ou mutualistas, convicções religiosas, ou (...) do seu estado de saúde(...)”.

Segundo Júlio GOMES, ob cit., pág. 275, “*a França é um dos ordenamentos em que a liberdade de expressão dos trabalhadores, inclusive dentro da empresa, é mais protegida e acarinhada*”. Com efeito, segundo a análise do Autor, nesse país a expressão das ideias políticas dentro da empresa é facilmente tolerada.

O artigo L 461- 1 do *Code du Travail*, na sua interpretação, consagra um direito de expressão directa e colectiva dos trabalhadores, permitindo-lhes o direito de opinar livremente sobre o conteúdo das condições de exercício e organização do trabalho.

Há relato de pelo menos um caso, julgado em França, em que o *Conseil de prud'hommes* entendeu ser fundamentado o despedimento de dois trabalhadores que denegriram nas redes sociais a imagem da empresa que integravam.

¹³⁴ De acordo com a jurisprudência constitucional da nossa vizinha Espanha, à limitação geral do respeito pelo direito à honra e à exclusão das manifestações feitas apenas com *animus nocendi* há que juntar as restrições que derivam da boa imagem ou prestígio da empresa e da boa-fé contratual, bem como, no caso, da relação de confiança existente entre as partes. Acórdãos do Tribunal Constitucional Espanhol 6/1005 de 10 de Janeiro; 106/1996 de 12 de Junho e 126/2003 de 30 de Junho.

¹³⁵ Conforme escreve José João ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, pág. 191, “*o trabalhador não pode, por exemplo, ser despedido ou sofrer qualquer outra sanção por exercer os seus direitos*”.

Em primeiro lugar, o facto de essas publicações normalmente serem efectuadas fora do trabalho, num espaço e tempo em que o trabalhador deve recuperar dos constrangimentos inerentes à relação laboral.

Parece-nos claro, contudo, que mesmo fora do local e horário de trabalho, há limites à liberdade de expressão e informação (pense-se, desde logo, no dever de sigilo) do trabalhador. Esta circunstância valerá assim mais como critério de ponderação da gravidade da conduta do trabalhador, devendo os Tribunais ser mais exigentes em relação a publicações efectuadas no local e horário de trabalho, quem sabe com o próprio computador da entidade patronal. É de facto dificilmente aceitável que o trabalhador use o tempo, o local e os instrumentos de trabalho para divulgar nas redes sociais comentários prejudiciais ao seu empregador.

Em segundo lugar, deve ter-se em conta que uma publicação numa rede social pode alcançar um grande público, sendo a nosso ver muito mais grave do que a ofensa “de boca”, partilhada com um amigo ou num grupo de trabalhadores da empresa. Circunstância esta que restringe a possibilidade de tutela das publicações pela liberdade de expressão, na medida em que o ordenamento jurídico vê com maior desvalor as ofensas publicitadas (artigo 183º do Código Penal) e que podem mesmo causar “prejuízos patrimoniais sérios” ao empregador (artigo 351º, nº 2, alínea e), do Código do Trabalho).

Cabe referir, por fim, que a publicação estará protegida pela liberdade de expressão e de informação, quando for efectuada na prossecução de interesses legítimos pelo trabalhador, como a divulgação de irregularidades praticadas pela empresa ou a denúncia da violação de direitos dos trabalhadores, conquanto os factos divulgados sejam verdadeiros ou, pelo menos, o trabalhador tenha razões fundadas para crer que o eram.

Podemos, pois, concluir que a liberdade de expressão não impede o despedimento de um trabalhador que tece comentários ofensivos ao bom nome ou à honra do empregador ou da empresa na *Internet* ou no *Facebook*. O direito à liberdade de expressão, seja na *Internet* ou fora dela, não é absoluto. Há deveres essenciais que decorrem do contrato de trabalho, tais como os deveres de respeito, urbanidade, sigilo e lealdade em geral, que

vinculam o trabalhador, mesmo que este se encontre fora do local ou do horário de trabalho.

E, como vimos, as liberdades de expressão e de informação no *Facebook* não estão imunes ao cumprimento desses deveres.

12. Publicações no *Facebook* e direito à reserva sobre a intimidade da vida privada do trabalhador

O problema que constitui objecto deste trabalho vai obrigar-nos, também a nós, a uma nova perspectivação¹³⁶ do velho confronto entre a intimidade da vida privada do trabalhador e o poder disciplinar da entidade patronal.¹³⁷

Na verdade, uma questão central que o nosso tema coloca é se uma publicação que o trabalhador coloca no *Facebook*, muitas vezes efectuada em sua casa, em situação de aparente intimidade (v.g. , na cama antes de dormir), pode relevar laboral e disciplinarmente ou se, pelo contrário, está totalmente imune a quaisquer deveres laborais, porque protegida pelo direito do trabalhador à reserva da intimidade da vida privada.

¹³⁶ No mesmo sentido, Teresa MOREIRA, *A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação* (...), página 33: “com estas novas tecnologias ressurgiu o clássico debate entre o equilíbrio do direito fundamental à privacidade dos trabalhadores e os legítimos direitos dos empregadores de os dirigir e de controlar as suas tarefas”.

¹³⁷ Há quem entenda, por exemplo, no Brasil, que a consulta da página do trabalhador por parte do empregador, constituiria uma violação da privacidade, embora também haja quem entenda que, por se tratar de uma rede pública, o acesso é livre para qualquer pessoa, inclusive para a entidade patronal. Esta última perspectiva é, para nós, a mais aceitável. Segundo a fonte consultada, “recente precedente do TST concluiu que inexistia violação à intimidade, e manteve a justa causa aplicada a enfermeira que, em sua página do *Orkut*, postou fotos do seu local de trabalho expondo pacientes da UTI bem como com posturas desrespeitosas no ambiente (TST, 2.ª Turma - AIRR n.º 5078-36-2010.5.06.0000). O TRT do Rio Grande do Sul igualmente já considerou válida a prova obtida em página de *Orkut* para fins de punição de empregado por violação ao dever de boa-fé. No caso, tratava-se de bibliotecário de uma escola que elaborava as “colas” e plastificava os papéis para ajudar os alunos a fraudarem os exames. Nos comentários do *Orkut*, diversos alunos os agradeciam por este serviço irregular (TRT 4.ª Região - 1.ª Turma - Processo 00080-2005-013-04-00-00). Em outro caso, o TRT do Paraná afastou alegações de suposto assédio moral pelo fato de o gerente visitar a página do *Orkut* de um de seus subordinados (TRT 9.ª R. - RO 1902900-22.2009.5.09.0001, 4.ª Turma, Relatora Sueli Gil El Rafihi, Julgamento 13/04/2011). Informação disponível em http://www.amaurimascaronascimento.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=538:Internet-redes-sociais-e-direito-do-trabalho-contemporaneo-&catid=115:doutrina-&Itemid=269, acesso em 12-02-13.

a) Intimidade da vida privada e poder disciplinar da entidade patronal, na ordem jurídica portuguesa

A consagração da tutela civil do direito à reserva da intimidade sobre a vida privada remonta a 1966, quando o Código Civil o previu, no seu artigo 80º, com um alcance geral¹³⁸, tendo a Constituição da República Portuguesa consagrado expressamente o direito à reserva da vida privada e familiar, no artigo 26º. Também o Código Penal, nos artigos 190.º a 194.º, tutela a reserva da vida privada.

Pela primeira vez na legislação laboral, o Código do Trabalho passou a incluir preceitos respeitantes aos direitos de personalidade de ambas as partes da relação contratual¹³⁹, nos artigos 14.º a 22.º, encontrando-se a protecção da vida privada consagrada

¹³⁸ Segundo Paulo MOTA PINTO (in “*A protecção da vida privada e a Constituição*”, comunicação apresentada na *XVI Table Ronde International*, Aix-en-Provence, 15-16 de Setembro de 2000, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, vol. 76 (2000), pp. 153-204 (tradução da versão francesa “*Constitution et secret de la vie privée*”, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol.16, 2000, pp. 321-351), estamos perante um direito cujo reconhecimento é recente, tendo resultado da junção de alguns factores como o individualismo, o aumento da informação e a evolução tecnológica: “Na ordem jurídica portuguesa foi apenas nos anos sessenta que se reconheceu um direito geral à protecção da intimidade da vida privada. Antes de 1976, os direitos à inviolabilidade do domicílio e da correspondência foram reconhecidos em todas as Constituições portuguesas (artigos 5º e 18º da Constituição de 1822, artigo 145º, §§ 6 e 25 da Carta Constitucional de 1826, artigos 16º e 27º da Constituição de 1838, artigo 3º, n.ºs 15 e 28 da Constituição de 1911, e artigo 8º, n.º 6 da Constituição de 1933). De igual modo, já textos anteriores ao movimento constitucionalista puniam, por exemplo, a violação de domicílio. Mas foi apenas em 1966 que o novo Código Civil português consagrou no seu artigo 80º, com um alcance geral, o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Em 1973, a Lei n.º 3/73, de 5 de Abril, veio criminalizar as condutas que lesassem a intimidade da vida privada através do recurso a meios tecnológicos, tais como a gravação de voz ou de imagem, os bancos de dados ou as comunicações telefónicas.

Por outro lado, como é sabido, o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada havia já sido consagrado em certos *instrumentos internacionais* dirigidos à protecção dos Direitos do Homem. É o caso da Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 12º– “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência.”), do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (artigo 17º, n.º 1: “Ninguém será objecto de ingerências arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de ataques ilegais à sua honra e reputação.”) e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (artigo 8, n.º 1 – “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”, prevendo no n.º 2 os casos e as condições em que são admissíveis ingerências).

¹³⁹ Leal AMADO, *ob. cit.*, pág. 217, critica abertamente a “perspectiva paritária ou simétrica” que nesta matéria o Código assume. De resto, para o autor, isto ocorre “na linha do que já sucedia com o CT de 2003, consagrando os direitos de personalidade do trabalhador e do empregador (assim, p. ex., em matéria de liberdade de expressão e de opinião, de integridade física e moral, ou da reserva da intimidade da vida privada). Ora, sem prejuízo do óbvio e necessário respeito pelos direitos de personalidade do empregador, esta *perspectiva paritária* não me parece feliz, por tender a obnubilar o problema específico colocado pela relação de trabalho nesta sede: o problema da extensão, da intensidade e dos limites dos poderes patronais”. Acrescenta ainda que “por esta ser uma relação estruturalmente assimétrica, marcada, ademais, pelo profundo envolvimento da pessoa do trabalhador na execução da prestação, são os direitos deste, e não já do empregador, que o Direito do Trabalho deve salvaguardar. Para tutelar os direitos do empregador, dir-se-á, o CC já bastaria...”

no artigo 16.º. Deste modo, constituiu-se o que, para alguns autores, se poderá denominar de “constitucionalização da relação laboral”.^{140 141}

Sendo o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada reconhecido pela Constituição como direito fundamental e pelos Códigos Civil e de Trabalho como direito de personalidade ele é intransmissível e irrenunciável¹⁴².

Conforme vimos, o recurso às tecnologias de informação e comunicação aumentam a necessidade de protecção da privacidade, na medida em que aumentam os riscos de exposição dos seus utilizadores e a sua vulnerabilidade.

Analizando mais profundamente o direito à reserva da vida privada diremos, secundando Paulo Mota Pinto, que “o *interesse* correspondente à protecção da reserva da vida privada é o de impedir ou controlar a tomada de conhecimento, a divulgação ou, simplesmente, a circulação de *informação* sobre a pessoa, isto é, sobre factos, comunicações ou situações relativos (ou próximos) ao indivíduo, e que *previsivelmente ele considere* como íntimos, confidenciais ou reservados”¹⁴³.

É claro que há muitas matérias jurídico-laborais em que não estando em causa factos íntimos, confidenciais ou reservados, este interesse não tem qualquer relevância. Mas, é também claro que a relação laboral cria inúmeros riscos de violação do direito à

¹⁴⁰ Júlio GOMES, *ob. cit.* pág. 265.

¹⁴¹ Segundo José João ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2005, página 13 a constitucionalização do direito do trabalho é “uma das primeiras manifestações da intervenção constitucional no âmbito privado”. O autor enquadra historicamente toda esta evolução histórica que partiu da Constituição de Weimar de 1919 onde, pela primeira vez, passaram a ter assento constitucional vários princípios do direito do trabalho. A partir de então, passou a incluir-se o enquadramento das relações laborais consagrando direitos colectivos dos trabalhadores (liberdade sindical, greve e outros direitos específicos dos trabalhadores – mas ainda não relacionados com os direitos de cidadania) assim como direitos a receber certas prestações do Estado a quem incumbia assegurar formas de protecção social. Posteriormente, a partir dos anos sessenta e setenta reequacionou-se essa concepção do trabalhador, passando este a ser considerado como titular de direitos enquanto cidadão que o acompanham, mesmo quando passa de cidadão apenas a cidadão trabalhador. Actualmente, em todos os “ordenamentos jurídicos avançados, v.g. os da União Europeia, o tema dos direitos fundamentais, nessa sua nova dimensão, adquiriu uma especial importância. A Constituição interioriza-se agora em todos os sectores da ordem jurídica” sendo a dignidade humana o fundamento último. Fruto desta evolução decorre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais não sendo, segundo o autor, uma coincidência o facto de esta questão ter surgido no âmbito do direito do trabalho.

Para uma análise histórica detalhada da evolução histórica do conceito de direitos fundamentais e das suas relações com o direito privado em geral e o direito do trabalho em especial, v. as págs. 21 a 63.

¹⁴² Sobre os direitos de personalidade, v. Carlos Alberto da MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 3ª ed., Coimbra, 1985, p. 88, Rabindranath V. CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, 1995, pp. 402 e ss., e Adriano de CUPIS, *Os direitos de personalidade*, trad. port. de A. Vera Jardim e M. Caeiro, Lisboa, 1961, pp. 45 e ss.

¹⁴³ Paulo MOTA PINTO, “A protecção da vida privada e a Constituição” cit., pág. 11.

reserva sobre a intimidade da vida privada do trabalhador, agravados pelas novas tecnologias de informação.

A globalização da *Internet* e a generalização do seu uso por todos e de forma permanente não deixou de se reflectir na legislação do trabalho que, no artigo 22.º regulamenta, em especial, a utilização e controlo das tecnologias de informação e comunicação, nomeadamente a *Internet* e o *e-mail* no local de trabalho.¹⁴⁴

Perante as novas realidades do mundo laboral, com o recurso às novas tecnologias informáticas, aos novos meios de som e imagem e até ao desenvolvimento da ciência médica no que concerne à realização de testes de despistagem de doenças contagiosas ou de consumo de álcool ou drogas pelo trabalhador, o legislador viu-se obrigado a estabelecer preceitos que visam garantir a protecção dos direitos fundamentais do trabalhador perante os novos perigos de intrusão na sua privacidade.

Deste modo, consagrou expressamente no Código do Trabalho direitos de personalidade de aplicação imediata e directa “*prescindindo-se por esta via de eventuais esquemas de transposição directa ou indirecta de preceitos constitucionais e de regras ou princípios próprios do Direito Civil*”¹⁴⁵.

Apesar da consagração expressa de direitos fundamentais do trabalhador e do candidato a emprego no Código representar um inegável avanço civilizacional, nomeadamente garantindo o direito à liberdade de expressão e a reserva da intimidade da vida privada no seio da empresa, há autores que entendem que é relativo o carácter inovador destes preceitos em relação àquilo que dispunha a legislação anterior.

Assim entende José João Abrantes para quem, no que a esta matéria diz respeito, *maxime* à consagração dos direitos fundamentais no Código do Trabalho, “*quando a Lei Fundamental imporia que o legislador se tivesse preocupado sobretudo com os limites às*

¹⁴⁴ Nos termos da Deliberação 1638/2013, da Comissão Nacional de Protecção de Dados, aplicável aos tratamentos de dados pessoais decorrentes do controlo da utilização para fins privados das tecnologias de informação e comunicação no contexto laboral, e disponível em http://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/Delib_controlo_comunic.pdf (último acesso em 30-12-2013) o Código do Trabalho (CT) contém disposições específicas relativas a tutela dos direitos de personalidade, as quais são expressão da tutela constitucional e civilística dos direitos de personalidade do trabalhador no quadro da relação laboral, com especial destaque para o direito a reserva da intimidade da vida privada, quer no comando geral destinado as duas partes da relação, contido no artigo 16.º do CT, quer em norma específica sobre a protecção de dados dos trabalhadores, consagrada no artigo 17.º do CT;

¹⁴⁵ Guilherme DRAY, *Direitos de Personalidade, Anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2006.

restrições sofridas por tais direitos, sucede, pelo contrário, que o enunciado destes é por vezes acompanhado de excepções que, face à sua imprecisão, comprometem, com a eventual violação do n.º 2 do artigo 18.º da CRP, a possibilidade de observância da ideia segundo a qual as restrições àqueles direitos deverão «limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos»”¹⁴⁶.

Apesar de o cidadão ser titular de direitos fundamentais e os “levar” consigo para o trabalho, o que equivale a dizer que os mantém enquanto trabalhador, não temos dúvidas de que esses direitos sofrem limitações decorrentes do interesse/direitos da outra parte: entidade patronal/empresa e até dos colegas de trabalho. Tais restrições colocam-se sobretudo dentro do local de trabalho, mas em alguns casos, também acompanham o trabalhador fora dele.

O que afirmamos não põe em causa a “*presunção de liberdade*” a que se refere José João Abrantes, que defende que a existência de um contrato de trabalho não tem como corolário qualquer renúncia aos direitos que o trabalhador tem enquanto cidadão¹⁴⁷.

Aliás, o próprio Autor “suaviza” tal presunção (admitindo que a mesma seja ilidida) quando reconhece que, apesar de o trabalhador manter a sua condição de pessoa e de cidadão na empresa, poderá ver os seus direitos comprimidos “*se – e na medida em que - o seu exercício impedir ou dificultar a normal actividade da empresa ou a execução da prestação estipulada.*”¹⁴⁸.

No entanto, como decorre do já afirmado, já não partilhamos a opinião do Autor, quando este parece preconizar que o dever de lealdade do trabalhador se restringe ao contrato não sendo extensível à sua vida extra profissional ou aos seus outros direitos.

Em suma, apesar da relevância que reconhecemos à protecção da reserva da intimidade da vida privada, entendemos que, mesmo fora do local de trabalho se mantêm certos deveres de respeito, urbanidade e lealdade em relação à sua entidade patronal,

¹⁴⁶ José João ABRANTES, *Estudos sobre o Código do Trabalho*, Coimbra Editora, 2005, pág. 167. Segundo o autor, parece haver aqui uma certa distorção do verdadeiro problema da eficácia dos direitos fundamentais no quadro da relação de trabalho, uma vez que as partes não se encontram em igualdade de circunstâncias e, por esse facto, se tratar de uma relação assimétrica, com particularidades que exigiriam uma tutela reforçada da parte mais débil de forma a compensar a posição desequilibrada das partes.

¹⁴⁷ *In* Contrato de Trabalho e Meios de Vigilância da Actividade do Trabalhador (Breves Considerações), Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raul Ventura, Coimbra Editora, Coimbra 2003, vol. II, págs. 809 e segs.

¹⁴⁸ José João ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais* cit., pág. 186.

embora a concordância prática destes deveres com a reserva da intimidade da vida privada leve a que os mesmos se reduzam a um núcleo essencial.

Isto é, certas faltas de respeito ou lealdade ocorridas fora do local e tempo de trabalho não constituirão violações dos deveres jurídico-laborais de respeito e lealdade, porque ocorridas na vida extra profissional do trabalhador, embora já o sejam se produzidas no local e tempo de trabalho. Todos concordarão que se piadas que escarnecem ou vilipendiam o empregador, num almoço com amigos, poderão não relevar laboralmente, já as mesmas piadas ditas (e ouvidas) na cantina da empresa poderão ter outra qualificação, violando os referidos deveres do trabalhador.

A redução dos deveres de respeito, urbanidade e lealdade a um núcleo essencial, na vida extra-profissional do trabalhador, faz com que os Tribunais devam ser mais exigentes ao ponderarem e afirmarem a violação destes deveres quando os mesmos – por exemplo, as publicações ofensivas no *Facebook* – ocorrem fora do local e tempo de trabalho.

b) Tutela das publicações no *Facebook* pelo direito à reserva da intimidade da vida privada?

i) Inexistência de direito geral à reserva sobre publicações no *Facebook*

Como vimos, o interesse subjacente ao direito à reserva da intimidade da vida privada corresponde ao controlo da informação relativa a “*factos, comunicações ou situações relativos (ou próximos)*” ao trabalhador e que “*previsivelmente ele considere como íntimos, confidenciais ou reservados*”¹⁴⁹.

Em nossa opinião, as publicações efectuadas nas redes sociais não são abrangidas por este conceito de privacidade, salvaguardando apenas hipóteses em que a rede é muito restrita, tendo as publicações em causa um número muito limitado de destinatários. Não nos parece que o trabalhador que publica comentários de cariz depreciativo ou ofensivo do empregador (ou até dos seus colegas), se coloque ao abrigo

¹⁴⁹ Paulo MOTA PINTO, últ. ob e loc. citis.

da protecção que este direito lhe poderia conferir.

Tomemos como exemplo um caso real passado na Alemanha: se um trabalhador publica uma imagem de uma factura telefónica que identifica claramente a empresa para que trabalha, com o comentário “*grandes ladrões!*”, não se vê que a conta telefónica do trabalhador, bem como a sua opinião sobre esta e sobre o seu empregador sejam factos que este previsivelmente considere confidenciais ou reservados...

Se o trabalhador “publica” factos ou situações, é porque não os considera privados, “*íntimos*”, “*confidenciais*” ou “*reservados*”. Isto, para além de os comentários publicados no *Facebook* muitas vezes não se referirem sequer a “*factos, comunicações ou situações relativos (ou próximos)*” ao trabalhador. Por exemplo, se o trabalhador publica uma fotografia do seu empregador, fora do trabalho, em poses menos próprias com o objectivo de o vilipendiar, não estamos perante factos relativos (ou próximos) ao trabalhador. Neste caso, poderia ser até a intimidade da vida privada do empregador a ser afectada.

Parece-nos evidente que, ao publicar este tipo de comentários, o trabalhador se coloca a ele próprio fora do âmbito de protecção deste direito.

Também devemos considerar que, em sentido diametralmente oposto ao “*núcleo de intimidade, de solidão ou de anonimato*”¹⁵⁰ característicos da intimidade da vida privada, encontra-se um interesse no conhecimento e acesso a informação. E é neste segundo segmento que, quase sempre, se enquadrará a divulgação de informações e a publicação de comentários nas redes sociais, em geral, e no *Facebook* em especial.

Parece-nos inquestionável, aliás, que qualquer pessoa (independentemente da sua condição de trabalhador) que coloca comentários nas redes sociais não busca um qualquer “*núcleo de intimidade, de solidão ou de anonimato*”¹⁵¹; muitas vezes pretende exactamente o contrário: evidenciar-se e sobressair, ultrapassando o papel de simples “leitor” passivo.

¹⁵⁰ Paulo MOTA PINTO, últ. ob cit., pág. 11.

¹⁵¹ Paulo MOTA PINTO, últ. ob e loc. cit..

A verdade é que, com a participação activa do trabalhador nas redes sociais, este se torna mais vulnerável na medida em que expõe parte da sua vida e, com isso, corre o risco de ver alguns dos seus direitos fundamentais beliscados, nomeadamente o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e à liberdade de expressão.

Assumimos, assim, que as publicações nas redes sociais e no *Facebook* não estão, em geral, protegidas pela privacidade do trabalhador, mas esta nossa posição não põe em causa a eficácia plena do direito fundamental à intimidade da vida privada na relação laboral – também nós poderíamos dizer que “*em princípio, o trabalhador é livre para tudo aquilo que não diga respeito à execução do seu contrato*”¹⁵².

Na verdade, entendemos que só poderão relevar publicações no *Facebook* que tenham “*reflexos prejudiciais no serviço*”¹⁵³, ou na vida empresarial, tornando a relação laboral insustentável.

¹⁵² José João ABRANTES, *Contrato de trabalho e direitos fundamentais* cit., páginas 190 ss.

¹⁵³ José João ABRANTES, *idem*, página 193, refere que só poderá relevar o “*reflexo negativo*” de factos extra-laborais na relação laboral, e não estes factos “*enquanto tais*”.

No ordenamento jurídico alemão – segundo a informação colhida em José João ABRANTES, *últ. ob. cit.*, pág. 153 –, o princípio da separação entre esfera privada e relação de trabalho permite que o trabalhador disponha livremente da sua vida extra profissional sendo vedado ao empregador utilizar esses factos da vida privada do trabalhador, a menos que esse factos tenham directamente a ver com as funções que este desempenha. Deste modo, protege-se a vida privada do trabalhador e mantém-se a sua esfera íntima reservada.

O direito à reserva da vida privada também merece protecção, no direito italiano, no artigo 8.º do *Statuto dei Lavoratori*, de acordo com o qual “*é proibido ao empregador, quer para efeitos de admissão, quer no decurso da execução do contrato, indagar, ainda que por meio de terceiros, as opiniões políticas, religiosas ou sindicais do trabalhador, bem como factos não relevantes para efeitos de valoração da sua atitude profissional*”.

Para além da proibição de averiguar este tipo de dados, o empregador fica também impedido de se basear neles para discriminar o trabalhador ou sancioná-lo. (V. José João ABRANTES, *ob. cit.*, pág. 165)

Com base neste princípio, não é permitido o despedimento com base em opiniões políticas, estado de saúde, hábitos sexuais, etc. Os hábitos de vida do trabalhador só relevam, em geral, justificando o despedimento, se abalarem a confiança do empregador por motivos directamente ligados às particularidades da função que exercem. V. *últ. Aut. e ob. cit.* Foi o que sucedeu, num caso em que o Tribunal de Roma decidiu, algures em 2009, que seria justificada a rescisão de contrato de trabalho de uma empregada que possuía um site pornográfico onde divulgava os seus “serviços”, ainda que fora do horário de trabalho, por denegrir a imagem da empresa onde trabalhava. Informação disponível em http://www.amaurimascaronascimento.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=538:interne-t-redes-sociais-e-direito-do-trabalho-contemporaneo-&catid=115:doutrina-&Itemid=269, último acesso em 28-01-2014.

Também no ordenamento jurídico francês vigora a protecção da privacidade do trabalhador, dispondo a lei que as informações requeridas na candidatura a emprego têm que ter relação directa com esta ou com a avaliação da aptidão profissional. V. José João ABRANTES, *ob. cit.*, pág. 168.

Segundo José João Abrantes, a jurisprudência actual tem-se baseado num Acórdão da *Cassation* de 17-04-1991, que estipula que os factos da vida extraprofissional não podem ser causa real e séria para o despedimento, a menos que “*a sua conduta, em virtude da natureza das funções que exerce e da finalidade*

ii) Direito à reserva sobre publicações sem “reflexos no serviço”

A afirmação de que factos da vida privada do trabalhador só constituem justa causa de despedimento se tiverem “*reflexos prejudiciais no serviço*” tem sido recorrente na nossa Jurisprudência.

Apesar do entendimento de alguns autores¹⁵⁴, no sentido da separação dos comportamentos da vida extra profissional do âmbito da relação de trabalho, a Jurisprudência tem variado casuisticamente na apreciação desses comportamentos, atendendo, sobretudo, à existência (ou não) de reflexos prejudiciais na relação laboral e à quebra de confiança entre trabalhador e empregador que inviabilize a manutenção do contrato.

Sendo certo que os comportamentos extra laborais não põem, em princípio, em causa o cumprimento dos deveres principais da prestação de trabalho, há determinados comportamentos extra-laborais que podem comprometer a manutenção do vínculo laboral. Aceitamos, assim, que os deveres gerais de respeito, urbanidade e lealdade como deveres acessórios de conduta do trabalhador, podem ser exigíveis na vida extra laboral do trabalhador.

O Supremo Tribunal de Justiça já considerou, a este propósito, que “*o dever de lealdade, violado por afirmações atentatórias do bom nome dos representantes da entidade patronal, tanto pode ser violado dentro do espaço da empresa, como fora dele, pois o que importa é o conteúdo do que se afirma*”¹⁵⁵

A Relação de Évora, no seu Acórdão de 17-07-1995¹⁵⁶, entendeu tratar-se de justa causa de despedimento o comportamento de uma trabalhadora da Santa Casa da Misericórdia que, num programa televisivo, afirmou que o Provedor da instituição se

própria da empresa, criou uma verdadeira perturbação no seio desta”. O que equivale a dizer que é sempre necessária uma razão objectiva para fundamentar a justa causa de despedimento.

¹⁵⁴ Como por exemplo Jorge LEITE (Direito do Trabalho, II... pág. 97, nota 13 ou Teresa Moreira (Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador), para quem tais comportamentos só relevam se causarem *perturbação específica no seio da empresa*.

¹⁵⁵ Ac. STJ de 10/4/1991, BMJ, 406.", -447.

¹⁵⁶ CJ, 1995, 4.º, pág. 293.

apropriava ilicitamente de verbas destinadas a custear a estadia de idosos que não se encontravam no lar.

Esta situação possui, aliás, contornos bem semelhantes aos do problema que nos propusemos estudar. Em ambos os casos há um elemento mediador da acção do trabalhador que torna o seu comportamento mais censurável: num caso a TV, noutro as redes sociais.

Portanto, se se vier a provar que a publicação não tem qualquer reflexo prejudicial no serviço, ou na empresa, a mesma situar-se-á no âmbito da vida privada do trabalhador, não constituindo violação de qualquer dever emergente do contrato do trabalho. Caso a publicação tenha “*reflexo prejudicial no serviço*”, a mesma não será protegida por qualquer reserva devida à vida privada¹⁵⁷.

Já as difamações ou injúrias ao empregador numa rede social deixam de fazer parte da vida privada do trabalhador, podendo ter “reflexos prejudiciais no serviço”, sobretudo, se esses comentários forem visíveis para pessoas ligadas à empresa ou conhecidas do empregador, tornando insustentável a manutenção do vínculo laboral, podendo considerar-se que fica “posta em crise a permanência da confiança em que se alicerçava a relação de trabalho”.¹⁵⁸

Refira-se, por fim, que com as posições que assumimos não pretendemos “absolutizar” a liberdade de empresa por contraposição aos direitos dos trabalhadores, mas antes reconhecer que o exercício ilícito, abusivo – e lesivo – no *Facebook* de certos direitos do trabalhador, como o direito à liberdade de expressão e informação pode pôr em causa os direitos do empregador e fazer perigar a relação laboral. E, particularmente no caso em estudo, pode gerar consequências muito nefastas tanto a nível pessoal como patrimonial para os lesados.

¹⁵⁷ Pense-se, por exemplo, no caso de um trabalhador que publica uma fotografia durante as férias, em visível estado de alcoolemia, vestido com uma t-shirt com logo da empresa. Embora haja um elemento relativo à empresa, parece-nos que a fotografia não terá reflexos prejudiciais no serviço ou na empresa, pelo que a mesma é protegida pelo direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador.

¹⁵⁸ Cfr. Acórdão do STJ de 04-07-2013 em que, na apreciação se uma carta subscrita por um trabalhador este ofendia o direito à honra do superior hierárquico e de colega visados na mesma, o Tribunal entendeu que as afirmações da carta eram desnecessárias para o exercício do direito de crítica contra a gestão da empresa, violando, assim, o trabalhador, culposamente, deveres de urbanidade para com as pessoas visadas na carta. Disponível em <http://www.stj.pt/jurisprudencia/acordaos-basedados>

13. Publicações no *Facebook* como justa causa de despedimento?

De todo o exposto já decorre que, em nossa opinião, é lícito o despedimento do trabalhador que, através de publicações no *Facebook*, viole irremediavelmente os seus deveres laborais, por exemplo, ofendendo gravemente o direito ao bom nome e à honra do empregador.

Como é evidente, analisamos apenas a possibilidade de a entidade patronal agir contra os seus actuais trabalhadores, não podendo a entidade patronal agir contra antigos trabalhadores (v.g. que efectuem declarações ofensivas, na sequência de um despedimento colectivo). Declarações de ex-trabalhadores podem gerar apenas consequências civis ou penais, não já laborais.

Haverá que verificar em que situações e com que critérios se deve considerar que certa publicação gera uma violação de deveres jurídicos laborais, que pode ser sancionada disciplinarmente, no limite através de um despedimento.

Evidentemente que não é de esperar que a empresa regulamente a prestação de trabalho de forma a definir as condutas de que o trabalhador se deve abster nas redes sociais. A valoração das condutas, neste caso, deverá ser feita por meio da aplicação dos dados (e princípios) normativos disponíveis.

a) Distinção de tipos de casos (tipos de publicações)

i) Publicação de segredos da empresa nas redes sociais

Como vimos, um dos deveres do trabalhador expressamente consagrado no Código do Trabalho (Art.128.º, n.º 1, alínea f)) é o de não divulgar informações referentes à organização, métodos de produção ou negócios do empregador.

Ora, daqui SE infere que a divulgação de segredos da empresa nas redes sociais, colocando-os à mercê de quem os ler, constitui, além de um acto violador da lei, um comportamento censurável e que pode pôr em causa a própria empresa. Digamos que, neste caso, a lei laboral consagra expressamente um limite à liberdade de expressão e de informação do trabalhador. Por exemplo, se um trabalhador do departamento financeiro

divulga, através de um “Tweet” (no “*Twitter*”), os resultados anuais da empresa, antes de estes serem divulgados ao público, podemos estar perante uma violação do dever de sigilo.

Desde logo, o sucesso de algumas empresas deve-se a um produto específico que fabrica, ou a um método especial de execução de um determinado produto ou serviço, pelo que, ao ser publicitado o seu segredo, o sucesso da empresa pode ser posto em causa.

Se a violação da lei constitui um fundamento para instauração de um processo disciplinar que pode culminar com um despedimento, essa sanção não servirá para o empregador voltar a conquistar o sucesso perdido (pelo menos com aquele produto específico cujo segredo foi revelado).

Parece-nos, assim, evidente, que a divulgação de segredos no *Facebook* (sem qualquer fundamento objectivo que a justifique) constitui uma violação do dever de sigilo do trabalhador (artigo 128º, nº 1, alínea f) que pode ser punida, até com o próprio despedimento, se pela sua gravidade tornar praticamente impossível a subsistência da relação laboral (artigo 351º, nº 1).

Questão diversa será a da publicação de ilegalidades ou irregularidades praticadas na empresa e que possam comprometer o bem-estar, a saúde ou afectar os direitos ou interesses legítimos de terceiros.

ii) Publicação de ilegalidades no seio da empresa: “*whistle blowing*”

Para além do exercício do direito à liberdade de expressão, estão as situações em que o trabalhador informa o público e a sociedade em geral de certos factos que ocorrem na empresa e que têm ou podem vir a ter consequência graves que, em certos casos, extravasam aquela empresa concreta, por exemplo, lesando direitos ou interesses de terceiros.

Esta prática é designada por *whistle blowing*, sendo que muitas vezes está em causa a prática de ilícitos criminais ou contra-ordenacionais (v.g. ilícitos ambientais ou fiscais).

Os vários ordenamentos jurídicos apresentam soluções diversas para esta questão e, se há ordenamentos como os anglo-saxónicos^{159 160}, que apreciam e até fomentam¹⁶¹ as

¹⁵⁹ Júlio GOMES, ob. cit, pág. 282, menciona a lei do Reino Unido de 1998, sobre declarações de interesse público, que protege os trabalhadores denunciantes. As denúncias podem incidir sobre “*violações de obrigações legais, penalmente sancionadas, perigos em matéria de segurança e saúde das pessoas e danos ao*

denúncias deste tipo de práticas irregulares, outros há que não o fazem – sobretudo os países latinos e até a Alemanha, essencialmente por razões históricas e culturais ¹⁶².

Os trabalhadores são quem normalmente melhor conhece o funcionamento da empresa e a sua estrutura, estando, por esse motivo, melhor colocados para se aperceberem de certas práticas e, por vezes, estas denúncias podem evitar catástrofes e lesões à sociedade e ao bem comum.

Nos países da Europa Continental, a perspectiva é diferente, não sendo tão bem vista nem sequer incentivada a denúncia pelo trabalhador. ¹⁶³

meio ambiente. Basta, aliás, que existam circunstâncias que possam razoavelmente induzir a acreditar na existência destes perigos. A declaração pode também consistir na denúncia de alguém que se esforça por omitir informações de interesse público. A referida lei respeita, não apenas aos trabalhadores subordinados, mas a todos os trabalhadores que trabalham numa empresa e permite a transmissão destas declarações a certos organismos nela designados, nomeadamente advogados. A protecção que a lei concede consiste em proibir o despedimento ou qualquer outra sanção directa ou indirecta dos trabalhadores, impondo a reintegração no caso de despedimento”.

¹⁶⁰ Quanto aos Estados Unidos, Júlio GOMES, *idem*, página 282, enuncia uma lei ainda mais “minuciosa”: *The Sarbanes-Oxley Act*, de 30 de Julho de 2002, que “*protege os trabalhadores que informam os seus superiores hierárquicos, o Governo ou o Congresso, de factos fraudulentos ou contrários às regras de Direito Bancário ou Financeiro*”. Além disso, quem penalizar o trabalhador por este denunciar, pode ser sancionado com penas de prisão até dez anos. “*Além disso, a lei obriga as empresas a criar um sistema que permite aos trabalhadores colocar às entidades públicas, de maneira anónima ou confidencial, queixas sobre a suspeita de práticas financeiras ou de contabilidade ilegais. Deve ser para o efeito colocado à disposição do trabalhador um número de telefone gratuito (hotline).*”

¹⁶¹ Júlio GOMES, *ibidem*, pág. 281 refere, a este propósito, um Autor, Michael Muller, segundo o qual, em países da *common law*, existem fundações privadas que atribuem prémios aos *whistleblowers* mais corajosos, provavelmente como forma de incentivar a denúncia destas situações, o que, para nós pode ser um instrumento sedutor já que, é muito provável que o trabalhador que denuncia coloque o seu posto de trabalho em causa.

¹⁶² Júlio GOMES refere (*cit.*, pág. 281) “*os traumas históricos de países marcados pelos denunciantes das polícias secretas*” e até “*uma visão fiduciária e autoritária da relação jurídico-laboral em que se dirá, por vezes, que mais vale obedecer ao patrão do que respeitar a lei*”.

¹⁶³ Júlio GOMES, *cit.*, pág. 283, citando Viviane Stulz/Maia Montluçon – *Ces salariés qui donnent l’alerte sur les pratiques de l’entreprise: quelle protection en France ?* Semaine Sociale Lamy, 8 décembre 2003, n.º 1147, págs. 5 e segs., refere que em França os trabalhadores podem, à partida, exprimir-se livremente na empresa, a menos que as suas afirmações sejam difamatórias ou caluniosas. No entanto, a lei admite a possibilidade de denúncia pelo trabalhador (por exemplo, a denuncia de assédio sexual, mesmo que o trabalhador não seja a vítima).

A Lei de 3 de Janeiro de 1986, no seu artigo L.461-1, prevê o direito do trabalhador de formular opiniões e observações sobre as condições de exercício e a organização do trabalho não na relação de hierarquia, mas em reunião com outros trabalhadores na mesma situação. “Os trabalhadores que desejem denunciar factos graves para eles próprios, para outros trabalhadores e para a empresa podem, em princípio, dirigir-se aos delegados do pessoal, aos inspectores de trabalho e aos sindicatos, desde que os factos sejam exactos. Contudo, no caso de se dirigirem à imprensa podem ser considerados como tendo participado numa campanha contra o seu empregador mesmo que os factos sejam verdadeiros. Se as afirmações forem injuriosas, difamatórias ou excessivas, o trabalhador poderá responder penalmente por denúncias caluniosas”.

Nesta matéria, a solução passará, mais uma vez, pela ponderação de interesses, sendo certo que pesará muito o tipo de ilícito que se denuncia, as consequências da prática do mesmo e o bem que se visa proteger através da denúncia.

Podemos dizer, com o Supremo Tribunal, que “*a liberdade de expressão não pode (e não deve) atentar contra o direito ao bom nome e à reputação, salvo quando estiver em causa um interesse público que se sobreponha àqueles e a divulgação dos factos seja feita de forma a não exceder o estritamente necessário a tal salvaguarda*”¹⁶⁴.

Antes de partir para a denúncia às autoridades competentes, o trabalhador deve esgotar os meios internos de reclamação, nomeadamente recorrendo a superiores hierárquicos dependendo, no entanto, de estar em causa a prática de um verdadeiro crime ou de uma mera contra ordenação.

Não nos parece aceitável a imediata denúncia de irregularidades nas redes sociais sem qualquer esforço de denúncia ou correcção das mesmas dentro da empresa, visto que preconizamos que deverão ser esgotados todos os mecanismos internos. Se isso não for viável ou não produzir qualquer resultado ou se se tratar da prática de crimes graves, o recurso às entidades públicas poderá ser justificado.

De resto, o recurso intempestivo ou infundado às redes para publicitar as situações deste tipo ocorridas na empresa apenas servirá para criar alarme social e retirar seriedade à “denúncia”.

iii) Publicação de comentários negativos ou prejudiciais ao empregador

Como vimos, em relação aos comentários negativos a respeito do empregador (ou da empresa), entendemos que os mesmos, ao serem expostos nas redes sociais, passam a extravasar a vida privada do trabalhador, por se tornarem públicos e acessíveis a um número indeterminado de pessoas.

Depois, e como veremos adiante, a gravidade, o grau de impacto que o comentário tem dependerá do tipo de rede em que são feitos os comentários, bem como do número e qualidade das pessoas que os podem ver, nomeadamente se são pessoas que trabalham para

¹⁶⁴ Cfr. Acórdão do STJ Revista n.º 4789/04 - 2.ª Secção, disponível em http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-tematica/liberdade_expressao2002_2013.pdf página 14.

o mesmo empregador, que se relacionam com a empresa como fornecedores ou clientes, ou se se trata apenas de um círculo muito limitado de amigos do trabalhador.

A natureza e conteúdo do comentário também é muito relevante: um comentário que apesar de ser relativamente ofensivo não põe em causa a honra do ofendido nem prejudique a sua vida empresarial é diferente de um comentário que dificulte ou até inviabilize a continuação da actividade do empregador ou seja altamente lesivo da sua integridade moral.

Nesta última hipótese, poderão ser convocados outros ramos do direito, nomeadamente o direito penal e da responsabilidade civil, este último para o efeito de ressarcimento dos danos daí advenientes.

De resto, sempre será diferente um comentário pouco agradável mas inócuo em termos objectivos, de uma ofensa ou difamação que pela sua gravidade inviabilize a manutenção do vínculo contratual. Cada caso deverá ser avaliado à luz das circunstâncias concretas da publicação em causa.

O facto de a publicação ter ocorrido no tempo e local de trabalho, quem sabe, com o instrumento de trabalho do empregador também deve ser considerado. Na verdade, fora da empresa e do tempo de trabalho, o trabalhador possui um grau de liberdade de expressão mais alargado, embora não ilimitado.

Referindo-nos a uma hipótese particular de publicações em que o trabalhador defende no *Facebook* o encerramento da sua empresa, tendemos a concordar com alguns autores que entendem que as manifestações públicas de trabalhador subordinado a favor do encerramento do estabelecimento em que trabalha constituem um *venire contra factum proprium* ¹⁶⁵, na medida em que, para nós, o trabalhador é um elemento integrante e indispensável na empresa, formando com ela uma unidade, só com o empenho daquele e com a existência de uma sintonia mínima de valores e objectivos se almejará o sucesso empresarial – que, de resto, para nós, representa o sucesso de ambos.

Porém, apesar de elemento integrante da empresa, o trabalhador não perde a liberdade de escolha da sua ideologia ou tendência política, mesmo que divergente da do seu empregador e com isto não é posto em causa aquilo que foi dito: a defesa de uma

¹⁶⁵ Cfr. Júlio GOMES, cit., pág. 279.

ideologia política e de certos ideais é bem diferente de fazer comentários negativos ou pejorativos em relação a um concreto empregador¹⁶⁶.

De igual forma, são censuráveis comentários negativos do trabalhador sobre os produtos e actividade produtiva do empregador, bem como a difusão de publicidade ou elogios aos produtos de um concorrente que, não sendo um crítica directa àqueles que a empresa produz, é um meio de os minorizar em relação aos da concorrência. Nestas hipóteses, é preciso verificar se a publicidade ou a emissão de “*juízos de valor meritórios*”¹⁶⁷, a outros produtos concorrentes, produzidos por empresas que não aquela onde o trabalhador se integra o trabalhador, é uma forma indirecta de criticar os produtos do seu empregador.

b) Tópicos de aproximação a uma solução do problema

Como decorre das considerações precedentes, a resposta à questão da possibilidade de sancionar disciplinarmente (por exemplo, através de um despedimento) publicações efectuadas no *Facebook* com comentários negativos em relação à entidade patronal, não merece uma resposta única, afirmativa ou negativa, dependendo muito do caso concreto.

Ainda assim, é possível definirmos alguns critérios ou tópicos que forneçam uma base de apoio consistente para o problema que tratamos. Estes critérios ou tópicos referem-se apenas ao último grupo de casos que referimos, isto é, a publicação de comentários negativos ou prejudiciais ao empregador.

i) Gravidade do tipo de insulto ou comentário negativo

Apesar de o trabalhador manter os seus direitos de cidadão, mesmo enquanto trabalhador, já vimos que não deve exprimir publicamente opiniões que ofendam a honra e o bom nome do empregador e que prejudiquem a empresa.

Um dos critérios mais relevantes na solução da nossa questão é o da natureza e conteúdo da publicação, por exemplo, o grau ou tipo de ofensa ou insulto publicado pelo trabalhador.

¹⁶⁶ *Id.*

¹⁶⁷ Júlio GOMES, cit., pág. 279, *apud* Alberto Levi, *La critica della persona nel diritto del lavoro*, RGL, 2003, parte I, págs.. 515 e segs., pág. 528

Como é óbvio, quanto mais ofensivo ou pejorativo for o comentário, mais deverá ser disciplinarmente censurado.

A avaliação da gravidade da publicação dependerá de quão ofensivo para a honra, bom-nome e reputação do empregador seja o comentário. Como vimos, o próprio Código do Trabalho prevê as injúrias e ofensas ao empregador como hipótese de justa causa de despedimento (artigo 351º, nº 2, alínea i).

Diríamos que, por norma, as ofensas à honra e ao bom nome do empregador são mais censuráveis do que aquelas que apenas lesem interesses patrimoniais da entidade patronal.

Além do conteúdo mais ou menos ofensivo da publicação ou comentário, deve ponderar-se o impacto empresarial do mesmo, sendo a publicação tanto mais grave quanto maior for o seu reflexo no empregador ou na empresa.

Além do carácter ofensivo e impacto empresarial da publicação devem também ponderar-se os seguintes três elementos:

A antiguidade do comentário ou publicação. Quanto mais antigo, menor será a sua gravidade, podendo mesmo prescrever o poder disciplinar se o comentário tiver sido publicado há mais de um ano (art. 329º, nº 1).

O contexto do comentário ou publicação. Um determinado comentário que parece muito grave desenquadrado do contexto em que foi proferido, pode até ser justificado nesse contexto.

Por fim, o domínio da publicação pelo utilizador. O facto de o utilizador ainda ter o domínio da publicação, nomeadamente a faculdade de a apagar, é igualmente relevante, nomeadamente, para apurar as consequências danosas da mesma.

Um outro critério reside na recusa do trabalhador em apagar o comentário ofensivo, mesmo depois de instado pelo empregador, para o fazer.

Como é evidente, uma ofensa produzida no *Facebook*, que chega a um público muito maior, embora não afecte a honra do empregador, pode lesar interesses patrimoniais sérios da empresa e, nessa medida, constituir justa causa de despedimento (art. 351º, nº 2, alínea e).

Se o grau de ofensa for considerável, pode mesmo levar a que se convoque o direito penal pois, nestas situações extremas, tal conduta pode consubstanciar a prática de um

crime tipificado no Código Penal, com as consequências neste previstos, independentemente da instauração de um processo disciplinar com vista ao despedimento.

Paralelamente, pode ainda o trabalhador incorrer em responsabilidade civil, sendo obrigado à reparação dos danos patrimoniais e não patrimoniais que se comprovem ter resultado da sua publicação no *Facebook*, tal como a perda de clientela ou outros prejuízos. Para haver lugar a uma acção de responsabilidade civil hão de verificar-se os pressupostos mencionados no art.º 483 do Código Civil, ou seja, a prova “da ilicitude do acto, da sua voluntariedade, do nexo de imputação do facto ao agente lesante, da produção de um dano e do nexo de causalidade entre o facto e o dano”¹⁶⁸.

ii) Publicação do comentário no local e tempo de trabalho

A questão da utilização das redes sociais durante o período normal de trabalho, como vimos, dependerá, no fundo, do bom senso do utilizador, caso não exista uma proibição expressa de acesso a determinadas páginas no seio da empresa. Assim, e conforme vimos *supra*, a solução para este problema passará pelo recurso aos princípios da proporcionalidade, da boa-fé e da transparência, que valerão para ambas as partes.

Para nós, o facto de a publicação ter sido efectuada durante o tempo de trabalho ou fora dele não é o mais importante na perspectiva da valoração da conduta em si mesma, embora consideremos que a prática de um acto deste tipo durante o horário e no local de trabalho aumenta a sua censurabilidade, na medida em que o trabalhador usa o tempo e o local em que devia estar efectuar a prestação laboral para prejudicar a empresa.

Pior ainda será se o trabalhador utilizar os meios colocados ao seu dispor pelo empregador (o computador da empresa) para o prejudicar ou à empresa. Mesmo no caso de não utilizar os meios colocados ao seu dispor pelo empregador, pelo menos está a usar o tempo de trabalho que lhe é pago pelo empregador para o prejudicar. Portanto, entendemos que as publicações efectuadas no tempo e local de trabalho são mais graves e, portanto,

¹⁶⁸ V., por ex., o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14-10-2003, em que o que se discute na acção é a responsabilidade civil do réu por, através de escrito publicado, ter ofendido direitos de personalidade do autor.

mais passíveis de sanção disciplinar do que as publicações efectuadas em situação extra-laboral.

iii) Grau de publicitação e reflexo empresarial do comentário

Um aspecto muito importante será o do grau de publicidade do comentário, sendo que quanto maior a publicidade, maior a gravidade deste. Para este efeito, é preciso ver se o comentário foi publicado num grupo muito restrito ou se, pelo contrário, fica acessível a um grande número de destinatários. Este aspecto dependerá do nível de restrição de privacidade que o utilizador seleccionou, isto é, das destinatários (expectáveis) daquela mensagem ou daquelas informações.

Assim sendo, o que importará, nesta sede, avaliar, é se o trabalhador tece comentários negativos sobre a empresa ou o empregador numa rede social com poucas ou nenhuma restrições de privacidade e em que qualquer pessoa pode ler aquilo que foi escrito e as repercussões que esse acto possa vir a ter no seio do ofendido.

Pode configurar-se a hipótese de o utilizador/trabalhador dar uma utilização à sua página de *Facebook* semelhante a um diário, em que escreve coisas para si próprio, para auto reflexão ou para auto análise e em que programa a respectiva privacidade para apenas ele ver aquilo que escreve. Ora, numa hipótese destas, provavelmente rara, mas possível, parece certo que a intenção do trabalhador não é difamar o empregador nem expor publicamente a sua opinião sobre o mesmo.

Isto é, será diferente se o empregador escreve um comentário pouco abonatório numa rede em quem tem apenas um círculo de “amigos” muito restrito, ou escrever numa rede em que tem um perfil “aberto”, sem restrições de privacidade (ou com poucas) e que, por isso, qualquer pessoa tem acesso àquilo que foi escrito.

Mas, mais relevante do que este aspecto quantitativo da publicidade do comentário, é um aspecto qualitativo, o eventual reflexo empresarial do mesmo. Assim, consideramos mais relevante o facto de o trabalhador ter ligações (ou ter como “amigos” na rede onde publica esses comentários) a pessoas relacionadas com a empresa ou com o empregador, a

colegas de trabalho, a clientela ou fornecedores que possam ter acesso aos comentários pois, nesse caso, as repercussões poderão ser maiores.

Isto é: será de considerar, na avaliação do impacto dos comentários negativos que o trabalhador teça, as pessoas que têm acesso a eles, o tipo de relação que mantém com o empregador – se se trata de uma rede onde o trabalhador apenas comenta para amigos íntimos ou se na sua rede de amigos tem colegas de trabalho, amigos do empregador, etc.

iv) Grau de confiança no trabalhador

Em nosso entender quanto maior a (eventual) delegação de competências ¹⁶⁹ que o empregador faz no trabalhador, maior deve ser o dever de lealdade deste para com ele ¹⁷⁰.

Assim sendo, entendemos que merece maior censura a ofensa ou difamação ao empregador se o trabalhador integra os órgãos de direcção e administração da empresa do que se tal acto for levado a cabo por um trabalhador que não lida de forma directa com o empregador, embora ainda neste caso seja um acto, para nós sempre censurável. ¹⁷¹

¹⁶⁹ MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit. pág. 232 “É, por exemplo, evidente que, nos já aludidos cargos de direcção ou de confiança, a obrigação de lealdade constitui uma parcela essencial, e não apenas acessória, da posição jurídica do trabalhador. Este juízo assenta na realidade de que tais cargos envolvem um peculiar grau de confiança, não apenas no plano subjectivo, mas também no que toca às condições objectivas (inserção orgânica e funcional do trabalhador) que induzem riscos particularmente intensos para a realização dos interesses do empregador”

¹⁷⁰ Vide supra Nota 122

¹⁷¹ Júlio GOMES, *ob. cit.*, pág. 277 e seguintes defende que se deve reconhecer um certo direito de crítica “interna” mas sempre respeitando as regras de cortesia e refere situações em que, neste sentido, se pronunciaram os tribunais franceses e os italianos: “Um quadro superior pode, por exemplo, formular, no exercício das suas funções e no círculo do órgão de que é membro, críticas, mesmo que relativas a decisões da direcção, desde que não o faça em termos injuriosos ou difamatórios: deste modo, considerou-se injustificado o despedimento de um trabalhador que exercia as funções de quadro administrativo e financeiro só porque este enviou ao Conselho de Direcção uma carta em que manifestava em termos vivos, mas não excessivos ou injuriosos, a sua discordância com os métodos de gestão da nova direcção. (Cour de Cassation, Ch. Soc., Acórdão de 14 de Dezembro de 1999, DS 2000, pág. 165).

No seu Acórdão de 14 de Dezembro de 1999 (M. Pierre c./SNC Sanijura) a Cour de cassation teve, com efeito, que se pronunciar sobre a seguinte situação: no quadro da reestruturação de uma empresa, um quadro superior desta que vinha exercendo funções de director administrativo e financeiro e que, aparentemente, era conhecido pelo seu dinamismo, mas também pelo seu temperamento “vivo” foi convidado a mudar as suas funções dentro da estrutura da empresa. O trabalhador solicitou por escrito alguns esclarecimentos quanto ao conteúdo dessas funções designadas por “responsável pelo controlo de gestão e contabilidade” e, não tendo obtido qualquer resposta, entregou por mão própria a 28 de Novembro de 1994 a cada um dos outros membros do conselho de direcção (ao qual também pertencia) um documento dactilografado com o “título carta para a memória colectiva e o futuro da sociedade Sanijura”, documento que incorporava críticas vivas à nova direcção da empresa e à sua política. A sociedade procedeu imediatamente ao seu despedimento. A Cour de cassation veio a considerar, contrariamente ao Tribunal recorrido, que não existia motivo válido para o mesmo despedimento. Com efeito, o referido documento não

Na situação em que o trabalhador ocupa um lugar mais directamente relacionado com a direcção da empresa pressupõe-se que a conhece melhor e supõe-se um grau de confiança com o empregador que torna menos aceitável criticá-lo, ou à empresa, “publicamente” ¹⁷². As expectativas que incidem sobre um trabalhador deste nível são maiores, pois pressupõe-se que é próximo do empregador e o grau de confiança que é desejável existir nesta situação, não se compadece com tais actos ¹⁷³.

v) Tipo de rede social em que o comentário foi publicado

Também deve considerar-se se o tipo de rede social ou de página da *Internet* em que foi efectuada a publicação, por exemplo, se se trata de uma rede profissional, como o *LinkedIn* ou uma rede de uso pessoal como o *Facebook*.

Conforme vimos, a utilização dos vários tipos de rede social é variável, existindo as redes de uso “social” na verdadeira acepção do termo, utilizadas para convívio virtual, com “salas de conversação”, partilha de opinião e com murais para se escreverem vários comentários e as redes de uso profissional, cujo objectivo já não é o “convívio” mas antes a divulgação de apetências e qualificações profissionais, as experiencias de carácter laboral, a divulgação de currículos, numa perspectiva claramente direccionada para o mercado de trabalho e para o mundo empresarial.

incluía termos injuriosos, difamatórios ou excessivos, tinha sido distribuído no círculo restrito do órgão a que o trabalhador pertencia, sem qualquer publicidade na empresa e, muito embora contivesse críticas duras provinha de um quadro de alto nível encarregado de funções delicadas e em circunstancias difíceis, já que a empresa em plena reestruturação”.

¹⁷² Júlio GOMES, *idem*, pág. 279, *apud* Alberto Levi (*La critica della persona nel diritto del lavoro*, RGL, 2003) que entende que o trabalhador não deve difamar a empresa ou os produtos por ela produzidos. Júlio Gomes entende que tal crítica será mais facilmente tolerada se vier de um trabalhador na base da hierarquia do que se for proferida por um trabalhador detentor de um cargo superior, já que este representa, de alguma forma, a empresa.

Alberto Levi defende também que há violação do dever de lealdade por parte do trabalhador que difunda notícias valorizando os produtos ou as actividades de empresa concorrente com a sua, posição que Júlio Gomes defende que é aceitável, especialmente “*em afirmações proferidas com uma acentuada publicidade e a juízos comparativos: o trabalhador subordinado deve abster-se de afirmar expressamente que os bens ou serviços produzidos por um concorrente são melhores do que os produzidos pela sua empresa*”.

¹⁷³ Neste sentido, Júlio GOMES *idem*, pág. 279, onde defende que o trabalhador subordinado se deve abster de afirmar que os bens produzidos por empresa concorrente são melhores do que os produzidos pela sua embora isso não o impeça de, na sua vida privada, consumir esses mesmos bens ou serviços em detrimento daqueles que produz.

Igualmente, há fóruns e *blogs* que são acessíveis a qualquer pessoa que tenha *Internet*, direccionados para os mais variados assuntos, onde se mantêm diálogos e onde cada utilizador emite livremente a sua opinião sobre os vários tópicos que vão sendo discutidos.

Se o comentário negativo ou ofensivo for feito numa rede de cariz profissional, que é direccionado para o mercado de trabalho, consultado predominantemente por pessoas ligadas ao mundo empresarial e comercial, e que procuram ou oferecem oportunidades de trabalho, a dimensão da ofensa extravasará a própria honra do ofendido, podendo resultar em graves prejuízos materiais para a respectiva empresa. Igualmente, se o trabalhador escreve tendo como destinatários colegas de trabalho ou outras pessoas que privam com a empresa ou o empregador, esse acto será (ainda) mais censurável.

À luz deste critério, o caso mais grave ocorrerá se o comentário depreciativo for publicado na própria página do empregador na *Internet*.

Diversamente, se o trabalhador tem um perfil numa rede de cariz mais pessoal tipo *Facebook*, com um círculo limitado de amigos chegados e nessa rede social escrever comentários depreciativos ou ofensivos a respeito do empregador ou da empresa, aí o impacto será menor e esse acto, em nossa opinião, será menos gravoso sem que possamos esquecer, porém, que persiste sempre a possibilidade de os comentários lá colocados serem utilizados pelos “amigos” que os visualizam e difundidos por um número indeterminado de pessoas.

BIBLIOGRAFIA

- ABRANTES, José João, *Contrato de Trabalho e Meios de Vigilância da Actividade do Trabalhador (Breves Considerações)*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raul Ventura, Vol.II Coimbra Editora, Coimbra, 2003
- ABRANTES, José João, *O novo código do trabalho e os direitos de personalidade do trabalhador*, A Reforma do Código do Trabalho, Coimbra Editora, Coimbra, 2004
- ABRANTES, José João *Estudos sobre o Código do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005
- ABRANTES, José João *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005
- AMADO, João Leal, *O Contrato de Trabalho*, 3.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011
- AMADO, João Leal, *Pornografia, informática e despedimento (a propósito de um ac. da R.L.)*, in *Questões Laborais*, Ano I, n.º 2, 1994
- ASCENSÃO, Oliveira, “A Sociedade da Informação” in *Direito da Sociedade da Informação, Volume I*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999
- BETTENCOURT, Pedro Ortins de, *A Internet no local de trabalho*, VII Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Memórias, Almedina, Coimbra, 2006
- BOSSU, Bernard, *Droits de l’homme et pouvoirs du chef d’entreprise: vers un nouvel equilibre*, Droit Social, 1994.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2011
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.^a Edição Revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007
- CARDOSO, Gustavo, *Mudança Social em Rede*, in *Políticas Sociais - ideias e prática*, Centro Ruth Cardoso, Editora Moderna Ltda. (Brasil), 2011

- CARDOSO, Gustavo, *Sociedades em Transição para a Sociedade em Rede*, in Debates Presidência da República. A Sociedade em Rede | Do conhecimento à Acção Política. Conferencia promovida pelo Presidente da República | 4 e 5 de Março de 2005|Centro Cultural de Belém, INCM
- CARDOSO, Gustavo, LAMY, Cláudia (2011), “*Redes sociais: comunicação e mudança*”. JANUS.NET *e-journal of International Relations*, Vol. 2, N.º 1, Primavera, 2011
- CASTELLS, Manuel, *A Sociedade em Rede. A era da informação: economia, sociedade e Cultura*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002
- CASTELLS, Manuel, *Compreender a Transformação Social in* Debates da Presidência da República. A Sociedade em Rede | Do conhecimento à Acção Política. Conferência promovida pelo Presidente da República | 4 e 5 de Março de 2005|Centro Cultural de Belém. INCM
- CASTELLS, Manuel, *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. A Sociedade em Rede. Vol. (I)*, 3.ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007
- CASTELLS, Manuel, *El poder de las redes in* VANGUARDIA DOSSIER n.º 50 - Enero-Marzo 2014 (disponível em www.vanguardiadossier.com)
- COSTA, José Faria, “*As telecomunicações e a privacidade: o olhar (in)discreto de um penalista*”, in *Direito Penal da Comunicação (Alguns escritos)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 6.ª Edição, Almedina, Coimbra, 1994
- CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1991
- CUNHA, Paulo Jorge Sousa, *Utilização de "Redes Sociais" em contexto de trabalho*, trabalho de dissertação de Mestrado em Direito na Universidade Lusófona, 2012,

disponível em <http://www.slideshare.net/paulojscunha/utilizacao-de-redes-sociais-em-contexto-de-trabalho>

- CUPIS Adriano de, *Os direitos de personalidade*, trad. port. de A. Vera Jardim e M. Caeiro, Lisboa, 1961
- DRAY, Guilherme Machado, *Direitos de Personalidade, Anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2006
- ERD, Rainer, *Datenschutzrechtliche Probleme sozialer Netzwerke*, in NVwZ, 2011, nº 1
- FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 12.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2004
- FLYNN, Nancy, *The e-Policy Handbook, Second Edition, Rules and Best Practices to Safely Manage Your Company's E-Mail, Blogs, Social Networking, and Other Electronic Communication Tools*, AMACOM, USA, 2009
- GOMES, Júlio Manuel Vieira, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007
- GUERRA, Amadeu, *A privacidade no local de trabalho. As novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados. Uma abordagem ao Código do Trabalho*. Almedina, Coimbra, 2004
- HERFS-RÖTTGEN, Ebba, *Arbeitsrechtliche Aspekte zu Social Media*, in Nicolai BESGEN/Thomas PRINZ (orgs.) *Internet.Arbeitsrecht, Rechtssicherheit bei Nutzung, Überwachung und Datenschutz*, 3^a ed., Berlin, 2013
- LEITE, Jorge, *Direito do Trabalho, Vol. II, Serviços de Acção Social da U.C.*, Coimbra, 2004.
- LEITÃO, Luís Menezes, *A protecção dos dados pessoais no contrato de trabalho, A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004
- NOBRE, Diogo Leote, *A relevância dos comportamentos extra-laborais em sede de justa causa de despedimento* (disponível em http://www.cuatrecasas.com/web/es-ESN/PDF/diogo_leote.pdf)

- MARTINEZ, Pedro Romano; MONTEIRO, Luís Miguel; VASCONCELOS, Joana; BRITO, Pedro Madeira de; DRAY, Guilherme; SILVA, Luís Gonçalves da – *Código do Trabalho Anotado*, 8.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2009
- MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho, *A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*, Almedina, Coimbra, 2010.
- MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho, *Da Esfera Privada do Trabalhador e o Controlo do Empregador*, Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004
- NETO, Abílio, *Código do Trabalho e Legislação Complementar Anotados*, 3.^a edição actualizada, Ediforum, Lisboa, 2006
- PARREIRA, Isabel Ribeiro, "A quebra de confiança como critério de concretização da justa causa de despedimento", I Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Almedina, Coimbra, 1998
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria geral do direito civil*, 3^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1985
- PINTO, Paulo Mota, "O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada", in Boletim da Faculdade de Direito, vol. 64, Coimbra Editora, Coimbra 1993
- PINTO, Paulo Mota, "Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau", in Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, vol. 76 (2000)(também no Boletim da Faculdade de Direito de Macau, n.º 8, pp. 121 e ss.).
- PINTO, Paulo Mota, "A protecção da vida privada e a Constituição", comunicação apresentada na XVI Table Ronde International, Aix-en-Provence, 15-16 de Setembro de 2000, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, vol. 76 (2000), (tradução da versão francesa "Constitution et secret de la vie privée", in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol.16, 2000).
- PINTO, Paulo Mota, "A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada", in *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, II, Coimbra

Editora, Coimbra, 2001, (também in Revista Luso-Brasileira de Direito Comparado, vol. 21, 2001, pp. 21-62).

- REBELO, Glória, *Teletrabalho e Privacidade – Contributos e Desafios para o Direito do Trabalho*, 1.^a Edição, Editora RH, Lisboa, 2004
- REDINHA, Maria Regina, *Os direitos de personalidade no código do trabalho: actualidade e oportunidade da sua inclusão*, A Reforma do Código do Trabalho, Coimbra Editora, Coimbra, 2004
- REDINHA, Maria Regina, *Redes Sociais: Incidência Laboral (Primeira aproximação)* in Centro de Estudos Judiciários - Prontuário de Direito do Trabalho, Setembro - Dezembro 2010, Coimbra Editora, Coimbra, 2010
- SILVA, Luís Gonçalves da, *Estudos de Direito do Trabalho (Código do Trabalho)*, Vol. I, 2.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2008
- SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, 1995
- *A liberdade de expressão e informação e os direitos de personalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça* (Sumários de acórdãos das Secções Cíveis e Criminais, de 2002 a Abril de 2013) disponível em http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-tematica/liberdade_expressao2002_2013.pdf
- WAQUET, Philippe – *La vie personnelle du salarié, Droit Social*, 2004